المجلد الثالث من شرح التجريد لمولانا ظهير الدين من كتاب المضاربة الى الوقف

الجزء الثالث من شرح التجريد

لمولانا طاهر الله رحمه الله تعالى

٢٦

T. C.
İSTANBUL
Fatih Kütüphanesi
SAYI

Süleymaniye U. Kütüphanesi
Fatih
1693

K. 1769

فهرست ما فيه من الكتب والابواب

كتاب المضاربة ما يجوز ان يشترط في الربح وما لا يجوز المضاربة
يشترط الربح فيها لاحدهما او يسكت عن الاخر ما يكون مضاربة
بغير لفظها ما للمضارب ان يعمل في المضاربة المضاربة الخاصة
الاختلاف في الشرط منه المضارب الاختلاف في راس المال
والربح الاستدانة على المضاربة ما يلحق مال المضاربة ما يلحق
به عنه جناية المضاربة هلاك مال المضاربة قبل الشرا او بعده
المضارب يدفع المال مضاربة الى غيره المرابحة بين رب المال
والمضارب ما يكون الشرا بمال المضاربة عتق المضارب
قسمة المضارب جحود المضارب مال المضارب مضاربة
الحربي والمرتد الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا
كتاب الصرف حد التفرق خيار الرؤية والرد
بالعيب والاستحقاق في الضرب المصرف في ثمن الصرف قبل
القبض الصرف يجازفه بيع الانا والسيوف المحلاة المرابحة
في الصرف والزيادة في عقد بيع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه
الرد بالعيب بيع الفلوس ما يكون اسقراضه وما لا يجوز استقراضه
الفلوس اذا كسدت الصرف في دار الحرب كتاب
الرهن جعل الرهن على يدي عدل ما يجوز الارتهان به وارتهانه
ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن ضمان الرهن نفقة الرهن
الرهن يكون منه النما تسليم الرهن عند قبض المال
جناية الرهن جناية الرهن بعضه على بعض الرهن
ما يحدث الرهن يجني عليه وهو رهن الرهن يهلك
المرتهن بعد ضمان الزيادة في الرهن رهن الفضة بالفضة
الرجل يستعير الرهن اختلاف الراهن والمرتهن الرهن يجعل
مكانه رهنا اخر الرهن يعتقه الراهن الرهن يتصرف المرتهن فيه
باذن الراهن او بغير اذنه كتاب الشفعة ما يستحق به الشفعة
طلب الشفعة ما يكون الشفعة الشفيع يخبر بالبيع على خلاف ما وقع
فيسلم الحكم بالشفعة الدار يبتاعها او لها شفعا الشفيع يطلب في البعض
انهدام البنا الرجل يشتري الارض والنخل وفيها ثمر او لا اختلاف
الشفيع والمشتري في الثمن الشفعة للصغير الوكيل يشتري
الدار فيطالب بالشفعة المشتري يبني في الدار الشفعة يراد
فيها الشفعة الشفيع والمشتري يختلفان فيما وقع عليه العقد اختلافهم
في صحة البيع والفساد استحقاق الشفعة الشفعة بالحيطان
ومسيل الما كتاب الذبائح صفة الذكاة التسمية على الذبيحة
كتاب الصيد ما يعرض على الارسال فيفسده فصول
كتاب الاضحية ما يجري في الاضحية فصل كتاب الغصب
ما يلحق العبد الغصب يجب على الغاصب ضمانه الرجل يغصب الشي
فيتعين وصفه لا عينه الغصب يتغير بعمل الغاصب الثوب
يصبغه الغاصب الضمان بالخلط اختلاف الغاصب والمغصوب
منه الرجل يغصب الشي في بلد فيطالبه في غيره ما يكون غصبا للغصب
غصب الصبي والمدبر والمكاتب وام الولد كتاب الديات
معرفة مقادير الديات والارش الاعضاء التي يجب بكل عضو
منها دية المعاني التي توجب الدية فما ليس بعضو ما يجب فيه
على قدر ما يجب في البدن الشجاج ما يجب فيه الحكم ما
من جنايته الشجاج بعضها في بعض الجنين ارش الجنايات
القصاص صفة القتل الذي يجب به القصاص

في الجوارح الناقصة جناية الرجل على الرجلين فيما دون النفس
من يستحق القصاص فصل في جناية العبد العبد يجني فيحدث المولى
فيه ما يكون اختيارا جناية المدبر جناية المكاتب جناية المدبر
والمكاتب وام الولد على المولى وجناية عليهم ضمان الراكب ما احدثه الرجل في الطريق
في الطريق النافذ جناية القطار الرجل يجني عليه جنايات بعضها
مضمون وبعضها غير مضمون الرجل يأمر غيره بالجناية عليه الجناية
بحفر البير الحايط يميل على الطريق القسامة كتاب الحدود
صفة الزنا فصل في الشبهة الاقرار بالزنا كيف يقام الحد الاقرار
بالزنا واحدهما منكر الشهادة على الزنا الرجوع عن الشهادة وما في معناه
الحد يدرأ بالشبهة بعد وجوبه حد القذف من له المطالبة بالحد ما يكون
الوطي شبهة في اسقاط الحد عن القاذف نفي الرجل عن ابيه مسائل القذف
فصل الحدود اذا اجتمعت ما يقام منها كتاب السرقة وقطع الطريق
الحرز والاخذ منه ما يكون في حكم سرقة او سرقات السارق يحدث
في السرقة قبل اخراجها الضمان ما يجب الحد في سرقته
وما لا يجب من لا يقطع بالسرقة السارق يسرق مالا
من غير مالكه السارق يرد السرقة قبل القطع او يملكها
قطاع الطريق كتاب الوقف فصل
فيما يتوقف عليه انعقاد الوقف وجوازه فصل فيما يجوز وقفه وفيما
لا يجوز فصل في التولية وما للمتولي فعله ذكر اسماء
الكتب التي احتوينا على وجه الاختصار ومن اشاعتها
اولها المضاربة ثم الصرف ثم الكفالة ثم الشفعة ثم الذبايح
والصيد ثم الاضحية ثم الغصب ثم الديات ثم الحدود والسرقة ثم الوقف تمت الابواب والفصول من هذا

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر واعن

كتاب المضاربة

المضاربة من الضرب في الارض فان المطلوب منها يتحقق بالضرب
في الارض واهل الحجاز يسمونها مقارضة وجوازها ثابت بما روي
ان العباس بن عبد المطلب كان يدفع المال مضاربة ويشترط على صاحبه
ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة
فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز شرطه وجماعة من الصحابة
دفعوا المال مضاربة وانها تشتمل على معنى الوكالة فان المضارب
وكيل رب المال في التصرف فيه ومعنى الشركة فانه شريكه في الربح
والشركة كما تصح بالعمل من احدهما وبالمال من الاخر لان المقصود
وهو تحصيل المال كما يحصل بالمال منهما او العمل منهما فكذا يحصل
بالمال من احدهما والعمل من الاخر وفيها معنى زايد وهو الاجارة
فان المضارب يعامل في ماله بجزء من الربح فيكون الربح اجر عمله
ولهذا اذا فسدت المضاربة يجب اجر المثل بخلاف الشركة فان
كل واحد يعمل في ماله لنفسه فلا يكون اجيرا على غيره فاذا تضمنت
المضاربة الشركة اعتبر في راس مالها ما يعتبر في راس مال
الشركة والدين لا يصلح راس مال الشركة فكذا راس مال المضاربة
فاذا بطل معنى الشركة بقي معنى الوكالة عندهما حتى انه اذا كان
لرجل دينا على انسان فقال له اعمل في الدين الذي في ذمتك مضاربة
بالنصف فاشترى بها وباع فجميع ذلك للمشتري والدين في ذمته
حاله في قول ابي حنيفة وقالا يكون مشتريا بالامر لان الدراهم
... العين لا يتعين بالتعيين فالدراهم الدين اولى فاذا لم
... الدراهم العين والدنانير لغت الاضافة الى الدين فبقي مطلق

الامر بالشرا بالدراهم مطلقة فيصح التوكيل بالشرا ولا يصح المضاربة
لانها لو صحت انما تصح بالعروض وانها لا تصلح راس مال المضاربة
وابو حنيفة يقول الدراهم يتعين في الوكالة وان لم يتعين في العقود
والفسوخ وانها لا تصح بما في الذمة لانه لا يتعين فاذا لم تصح الوكالة
بالشرا بالدين صار المامور مشتريا لنفسه بخلاف ما اذا كان الدين
على ثالث فقال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة حيث يجوز
لان المضاربة اضيفت الى ما بعد القبض والدين بعد القبض
يصلح راس مال الشركة لانه دراهم او دنانير حاضرة واضافة
المضاربة الى زمان في المستقبل يجوز لان المضاربة تشتمل
على معنى الوكالة والاجارة والامانة والكل يجوز اضافته الى
زمان في المستقبل فكذا المضاربة المنتظمة لها وكذلك لو
دفع اليه عرضا فقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة فباع بدراهم
او دنانير وتصرف جاز لان المضاربة مضافة الى ما بعد نقد
الثمن ولو قال رب المال للغاصب او المستودع او المبضع اعمل بما في
يدك مضاربة بالنصف جاز عند ابي يوسف والحسن وقال زفر
لا يجوز في الغصب لان المضاربة امانة والغصب مضمون و
بينهما تناف ولنا ان كونه مضمونا لا ينافي الامتثال فاذا امتثل
ثبت معنى المضاربة وانتفى معنى الضمان ومن شرط صحة المضاربة
قبض المضارب المال ولا يصح مع بقاء يد الدافع في المال لان مال
المضاربة امانة في يد المضارب ولا تتم الامانة الا بالتسليم ولا يتم
التسليم مع بقاء يد المسلم وسوا كان المالك عاقدا او غير عاقد
كالاب والوصي اذا دفعا مال الصبي مضاربة وشرط عمل الصبي معه
لا يصح لان الصبي مالك فبقاء يده على المال يمنع صحة المضاربة وكذا لو كان

أحد المتعاوضين أو أحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة
وشرط عمل شريكه مع المضارب ولو شرط الأب والوصي على
أنفسهما أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لأنهما لو أخذا
مال الصبي مضاربة جاز فهذا أولى ولو دفع المأذون مالا مضاربة
وشرط عمله مع المضارب لم يجز لأن له يد تصرف فلا يثبت يد المضارب
مع بقائها وكذا إذا شرط عمل مولاه ولا دين عليه لأنه إذا لم يكن
عليه دين فالملك يقع للمولى فلا يثبت يد للمضارب مع بقاء يد المولى
وإن كان عليه دين جاز عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه لأنه
إذا كان عليه دين فلا يملك كسبه عنده خلافا لهما وأما
المكاتب إذا شرط عمل مولاه فلا تفسد المضاربة لأن المكاتب
أبعد من المولى من عبده المأذون ثم العبد المأذون إذا شرط
عمل مولاه جاز فكذا هذا أو بل أولى لأن المكاتب صار
أخص بنفسه وبأكسابه وصار المولى أجنبيا عنه في حق التصرف
ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه فدفعه المضارب
إلى آخر مضاربة وشرط أن يعمل المضارب معه أو رب المال
فالمضاربة فاسدة لأن للمضارب يد التصرف ولرب المال يد
الملك فلا يتم التسليم مع بقاء أحدهما فلذلك المضارب إذا دفع
المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة
لأنه إذا عاد إلى يد المالك ظهر يد الملك فانتقضت يد المضاربة
ويد المالك لا تصلح أن تكون يد مضاربة فجعلنا دفعه إليه استعانة
وأنه لا ينقطع بالمضاربة والربح بين المضارب ورب المال على ما
شرطا في المضاربة الأولى لأن المضاربة الثانية لم تصح فبقيت
الأولى بحالها ولا أجر لرب المال لأن المضارب صار مستعينا به

في العمل والمعين لا يستحق الأجر وكل موضع لم تصح المضاربة إذا عمل
المضارب وربح فالربح كله لرب المال لأنه عمل في مال الغير
بإذنه فيكون الحاصل لرب المال لأنه نماء ملكه وللمضارب أجر
المثل فيما عمل لأن عند الفساد ظهر معنى الإجارة الفاسدة فيجب
أجر المثل ثم عند أبي يوسف لا يجاوز القدر الذي شرط وعند
محمد يجب بالغا ما بلغ والمسألة مرت في الشركة الفاسدة وعن أبي
يوسف إذا لم يربح فلا أجر له لأن الفاسدة لا تزيد على الصحيحة
وفي المضاربة الصحيحة لا شيء للمضارب إذا لم يربح ففي
الفاسدة أولى وهذا خلاف رواية الأصل لأن في الصحيحة
التسمية صحيحة وإنما تمنع المصير إلى أجر المثل والمسمى لم يوجد
وهو جزء الربح وفي الفاسدة بطلت التسمية فيصار إلى البدل
الأصلي وهو أجر المثل كما في الإجارات الفاسدة وإذا فسدت
المضاربة ثم هلك المال في يد المضارب لم يضمن قيل هذا قول
أبي حنيفة وعن محمد أنه يضمن وهو قياس قول أبي يوسف لأن
المضاربة إذا فسدت ظهر معنى الإجارة فيصير المضارب بمعنى
أجير المشترك وأجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده بغير
صنعه عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يضمن إلا فيما لا يمكن التحرز
عنه

باب ما يجوز أن يشترط في الربح وما لا يجوز

إذا اشترط
المضارب قدرا معلوما مائة أو نحوها لم يجز لأنه يخل بمعنى
الشركة لأنه عسى لا يحصل إلا هذا القدر فيختل معنى المضاربة
ولذلك لو شرط له جزءا من أجزاء الربح وزيادة ما[illegible]
لأنه يخل بمعنى الشركة لما بينا ولذلك كل شرط يؤدي إلى [illegible]

الربح فسدت المضاربة لان الربح هو المعقود عليه فجهالته
يفسد العقد وان لم يوجب جهالة الربح صحت المضاربة وبطل
الشرط نحو ان يشترطا ان تكون الوضيعة عليهما لانه شرط زايد
فالاصل فيه ان يفسد ولا يفسد ولان المضاربة لا تصح بدون
القبض فاشبهت الهبة والهبة لا يفسد بالشرط الفاسد
وكذا هنا وذكر في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك
ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت صحت المضاربة
وبطل الشرط ولو دفع ارضا مزارعة على هذا المثال فالمزارعة
باطلة فمنهم من سوى بين المزارعة والمضاربة وقال فيهما روايتان
ومنهم من فرق بينهما ووجهه ان معنى الاجارة في المزارعة
اظهر ولهذا اشترط فيها التاقيت دون المضاربة اخي قال
محمد لو دفع الفا مضاربة بالنصف على ان يدفع اليه رب المال
ارضه يزرعها سنة او على ان يسكن داره سنة فالشرط باطل
والمضاربة جايزة ولو كان المضارب شرط ان يدفع ارضه
او داره الى رب المال يزرعها او يسكنها سنة فسدت المضاربة
لانه جعل نصف الربح في مقابلة عمله ومنفعة داره فصارت
اجرة عمله مجهولة وجهالتها تفسد العقد بخلاف الفصل الاول لانه
جعل منفعة داره او ارضه مع نصف الربح عوضا لعمله فلم يود
الى جهالة الربح الا انه شرط لا يلايم العقد فبطل الشرط وعن
ابي يوسف اذا دفع مالا مضاربة على ان يبيع في دار رب المال
او المضارب كان جايزا الا ان هذه مضاربة مقيدة …
… لو شرط عليه العمل بالكوفة ولو شرط ان يسكن المضارب
… او رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز قال الاستاذ

ركن الدين المضاربة لا تفسد بشرط سكنى دار المضارب لرب
المال لانه مثل الاول ولكن تبطل الشرط ثم رجع عن هذا وقال تفسد
المضاربة لانه يودي الى جهالة الربح والله اعلم بالصواب

باب

المضاربة بشرط الربح فيها لاحدهما ويسكت عن الاخر
اذا دفع المال مضاربة على ان للمضارب نصفه او ثلثه ولم يزد
عليه فهو جايز لان الحاجة الى البيان تمس في جانب المضارب
لانه هو الذي يستحق الربح بعمله بناء على الشرط دون رب المال لانه
يستحقه بماله لانه نماء ملكه فيكون للمضارب ما شرط والباقي لرب
المال ولو قال رب المال على ان لي النصف ولم يزد عليه
جاز استحسانا وكان للمضارب النصف والقياس ان لا
يجوز لانه اشتغل ببيان ما لا تمس الحاجة اليه فلغا ولنا بيانه
لنفسه بيان للمضارب ضرورة كما في قوله عز وجل فلامه الثلث
كان بيانا ان لابيه الثلثين ضرورة ولو قال رب المال على ان
لي نصف الربح ولك الثلث فللمضارب الثلث والباقي لرب
المال لان المحتاج اليه بيان الربح في جانب المضارب دون رب المال
فكان ذكره النصف له هدرا فصار كالمسكوت عنه ولو قال على
ان ما رزق الله من شيء فهو بيننا فالربح بينهما نصفان لان قوله
فهو بيننا يقتضي المساواة كما في قوله تعالى قسمة بينهم ولو شرط
للمضارب الثلث ولعبده الثلث ولا دين عليه فله الثلثان والثلث
لرب المال وكذا اذا شرط الثلث لرب المال ولا دين عليه فان
الثلثان لرب المال لان الشرط لعبده شرط لسيده اذا لم يكن عليه
دين لان كسبه يكون ملكا للسيد ولو شرط ثلث الربح لقضا

دين المضارب او لقضاء دين رب المال فهو على ما ذكرنا الا ان الشرط
لقضاء دينه شرط له ولو شرط الثلث لابن المضارب فذلك
لرب المال لان شرطه لم يصح لان شرطه لابن المضارب لا يكون
شرطا له لانه لا يملك كسبه ولا يكون شرطا لابنه ايضا لانه لم يشرط
عمله فلما ذكرنا فصار كانه لم يشترط له الا الثلث فله الثلث والباقي
لرب المال ولو شرط الثلث لعبد رب المال وعليه دين فان شرط عمل
العبد مع ذلك فهو عند ابي حنيفة كالاجنبي يكون الثلث له والثلث
للمضارب والثلث لرب المال لان السيد لا يملك كسبه وان لم
يشرط عمله فما شرط له فهو لرب المال لان الشرط له لم يصح بدون العمل
ولم يكن شرطا للسيد ايضا لانه لا يملك كسبه فصار كان لم
يشترط له فان شرط لعبد المضارب وعليه دين فان شرط عمله فهو
جائز في قول ابي حنيفة لانه كالاجنبي عنده وان لم يشرط عمله
فهو لرب المال لان الشرط لم يصح له فصار كالمسكوت عنه
وعندهما يكون للمضارب في الوجهين لانه يملك كسبه عندهما ه

باب

ما يكون مضاربة بغير لفظها

اذا دفع مالا مضاربة او مقارضة او معاملة او قال خذه واعمل به
على ان لك ثلث الربح او قال ابتع به متاعا فما كان من فضل
فلك كذا فهذا كله مضاربة لان المضاربة اسم موضوع لهذا
والمقارضة لغة اهل الحجاز والمعاملة بمعنى المضاربة لانها تنبئ عن
العمل منه للربح وكذلك خذه واعمل وابتع به متاعا فما كان
من فضل فلك كذا لان الفضل لا يحصل الا بعد الشرا فكان
ا... بة ولو قال خذ هذه الالف واشتر بها هرويا

ايضا بمعنى المضاربة ه

بالنصف ولم يزد عليه فاشترى كان له اجر المثل لانه امره بالشرا
دون البيع ولم يوجد ما يدل على الامر بالبيع لانه لم يجعل له شيئا
من الفضل والربح حتى يكون ذلك دليل الامر بالبيع بعد الشرا
بل جعل له نصف المشترا وانه معدوم ففسدت الاجارة فاستحق
اجر المثل وليس له ان يبيع ما اشترا الا بامر رب المال لانه كان
مامورا بالشرا دون البيع فان باع بغير امره فهو بمنزلة بيع الفضولي
وان اجاز المالك وهو يعلم بقيام المبيع او لا جاز وان كان يعلم
بهلاكه لم يجز لان الاجازة انما تلحق العقد والعقد فات بفوات
محله وهو المبيع بخلاف ما اذا كان قايما او لا يعلم بقيامه
لان الاصل في الموجود بقاؤه وان قال خذ هذا المال بالنصف
كان مضاربة استحسانا لانه لما نص على نصف الربح وانه لا
يستحق بمجرد الاخذ وانما يستحق بالبيع بعد الشرا فكان التنصيص
عليه تنصيصا عليه ضرورة ولو قال خذه مضاربة على ان لي
جميع الربح فهو بضاعة لانه نص على معناها ولو قال على ان لك
جميع الربح فهو قرض لانه نص على معناه لانه لا يستحق كل الربح
الا اذا كان المال كله له ولا يكون المال كله له الا بالتمليك و
القرض ادناه فادرجناه

باب

ما للمضارب ان يعمل في المضاربة ه

اذا دفع مالا
مضاربة بالنصف فهو مضاربة مطلقة وللمضارب ان يشتري
ما بدا له من سائر التجارات لان المقصود من المضاربة تحصيل
الربح وانه لا يحصل الا بتكرر التصرف في المال فيتناول مطلقه
ذلك وله ان يعمل ما هو من عادات التجار كالابضاع والايداع
واستيجار الاجرا للعمل والبيوت لحفظ الاموال والسفن والدواب

لجمع المال لانه طريق الى تحصيل المقصود والامر بالمقصود
امر بسلوك طريقه كالامر بصعود السطح والسلم عليه منصوب امر
بنصبه وله ان يبيع بالنقد والنسيه لانه من عادة التجار وله ان يوكل
بكل ما يجوز له ان يفعل بنفسه لانه قد يتمكن من تحصيل المقصود
بنفسه وتارة بنائبه وله ان يرهن بمال المضاربة ويرتهن بذلك
لان الرهن ايفا والارتهان استيفا وله ان يوفي دين المضاربة
ويستوفيه ولو استدان المضارب لم يجز على رب المال لان
العقد تنا ولما لا مخصوصا والذي استدانه غيره فلم
يدخل تحت الامر بالتصرف فيه فان رهن له من متاع المضاربة
شيا ضمنه لانه اوفا دينه الخاص من مال غيره ولو كان رب
المال اذن له في الاستدانة كان الدين عليهما نصفين لانه اذا
اذن صارت شركة وجوه ضمها الى المضاربة ولو رهن به رهنا
من المضاربة وقيمته والدين سوا فهلك في يد المرتهن كان على
المضارب نصف قيمته لانه اوفا دينا مشتركا من مال
المال فيضمن نصفه ولا يكون ذلك من المضاربة لما بينا ان
ان هذا عقد اخر غير المضاربة والربح في هذا على السوا لانه
شركة وجوه وان تفاضل في المضاربة لانه لا تعلق لهذه بالمضاربة
وليس للمضارب ان يتصرف بعد نهي رب المال عن العمل ولا بعد
موته لان موته يعزل صريحا وبالنهي قصدا الا انه يتصرف تصرفا
يودي الى ان ينض راس المال لانهما يحتاجان الى القسمة وذلك
يكون بعد تحصيل راس المال وراس المال لا يحصل الا اذا حصل
المتاع دراهم او دنانير فيبقى مطلقا في تصرف يودي الى تحصيل راس
المال فان باع المضارب شيا واخر الثمن جاز لانه من عادة

وان رهن باذن رب المال ... (marginal note, partly legible)

التجار وكذلك لو احتال بالثمن على انسان لانه من عادتهم ايضا
سوا كان المحتال عليه اعسر او ايسر بخلاف الوصي اذا احتال
على اعسر حيث لا يجوز لان الماخوذ عليه النظر وانه ليس من
النظر والماخوذ ها هنا عادة التجار وانه من عادتهم وله ان يستاجر
ارضا بيضا ويشتري ببعض المال الطعام فيزرعه لانه يستجاد
وشرا وكلاهما من التجارة وكذا اذا تقبلها ليغرس فيها نخلا
او شجرا ولو اخذ المضارب نخلا او شجرا معاملة على ان
ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له اعمل
براتك لانه باع عمل نفسه ببعض ما يخرج من الثمار ولا حق لرب
المال في ذلك وقوله اعمل فيه براتك تعميم التفويض في التصرف
في مال مدفوع اليه ومتاع المضاربة ليس كذلك فيتناولها
العقد والمال الذي ينفقه تبع للمنافع كالخيط في الخياطة
ولو اخذ ارضا مزارعة واشترى طعاما ببعض المضاربة فان
كان قال له اعمل براتك جاز وان لم يقل لم يجز لانه استاجر
الارض ببعض ما يخرج من بذر مشترك فكان فيه اثبات الشركة
للغير في مال المضاربة فتنزل منزلة دفعه مال المضاربة وانه مضاربة
لا يملك ذلك الا اذا قال له رب المال اعمل براتك وان كان
البذر والبقر من رب الارض والعمل على المضارب او البقر من
قبله مع العمل كان ذلك له خاصة لان المضارب يصير مواجرا
نفسه ببعض الخارج والبقر الة العمل فلا يدخل تبعا فيختص بدل
منافعه ولا يكون على المضاربة كما لو اجر نفسه للخياطة
ولو دفع ارضا بغير بذر مزارعة جاز سوا قال له اعمل براتك
او لم يقل لانه اجارة ارض وانها تجارة وهي انفع من بيع العين

لانه تحصيل مال متقوم بازاء منافع واذا لحق عبدا من المضاربة
دين كان للمضارب ان يبيعه فيه سواء كان المال حاضرا
او غايبا لانه استفاده لانه يبيعه بعقد المضاربة وانه قايم وليس
له ان يزوج عبدا او لا امة من مال المضاربة وقال ابو يوسف
يملك تزويج الامة لانه نفع محض دون تزويج العبد ولنا انه
ليس من التجارة ولا من توابعها فلا يستفيده بالمضاربة وعن
محمد ليس له ان يتزوج امة من المضاربة لانه ليس له ان يعقد
مع نفسه لانه وكيل والوكيل بالشرا لا يملك ان يشتري لنفسه
وان فعل ذلك باذن رب المال فهو جايز اذا لم يكن في المال
ربح لانه اذا لم يكن في المال ربح لا يكون للمتزوج فيها ملك
ولا حق ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد
الماذون وخرجت من المضاربة لان العادة جارية بتحصين
الزوجة ومنعها من العرض على البيع فكان اقدامهما على النكاح
دليلا على اخراجها من المضاربة ويحتسب ذلك على رب المال من
راس المال لانه استردها بالتزوج وليس له ان يدفع المال الى
غيره مضاربة ولا يشارك به لان فيه اثبات الشركة
للغير في مال رب المال وانه لا يملك ذلك بمطلق المضاربة
لانه رضي بشركته لا بشركة غيره ولا يخلطه بماله ولا بمال غيره
لان الخلط اشراك وانه لا يملكه الا ان يقول له رب المال اعمل
فيه برايك لانه عمم التفويض في التصرف الذي يودي الى تثمير
المال والاشراك طريق الى ذلك وكذلك الخلط لان المال مهما كثر
كثر الربح وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في المشهور
من الروايات لانه من عادة التجار وعن محمد انه لا يملك لان الاذن

في التجارة يجري مجرى المضاربة فلا يستفاد ضمنا للمضاربة
كدفع المال مضاربة وليس له ان يكاتب ولا ان يعتق على مال
لانهما ليسا من التجارة لان التجارة معاوضة مال بمال وهذه معاوضة
مال بما ليس بمال ولا يقرض لانه تبرع ولا ياخذ سفتجة لانه
استدانة ولا يعطي سفتجة لانه اقراض فلا يملك ذلك الا
اذا نص عليه وله ان يسافر بالمال في قول ابي حنيفة ومحمد
وقد بينا اختلاف الرواية عن ابي يوسف والمسالة مرت في
كتاب الشركة ولو نهاه رب المال ان يخرجه من تلك البلدة
فليس له ان يخرجه لان المضاربة عقد جايز فيعطى لبقائه
حكم الابتدا ولو نهاه في الابتدا صح فكذا حالة البقاء واذا
خصص رب المال بعد العقد ان كان لم يشتر به شيئا او كان
تصرف فيه والمال عين فتخصيصه جايز والاصل فيه ان كل
موضع يملك عزله يملك نهيه وبعد الشرا ان كان المال دراهم
يملك عزله فيملك نهيه وان كان متاعا لا يملك عزله
فكذا نهيه لان له حق التصرف الى ان ينض المال وفي النهي
ابطال حقه عليه فكذا النهي لانه عزل من وجه وان كان
النض فلم يستفده بمطلق المضاربة واما استفاده بقوله
اعمل فيه برايك يملك عزله فكذا نهيه لانه استفاده عنه
بقوله اعمل فيه برايك ولم يتصل به عمل فلم يثبت له حق التصرف
فيه فلا يتضمن العزل ابطاله والنهي عن البيع نسيئة وعن
المسافرة به لا يصح في الروايات المشهورة لانه استفادهما [illegible]
بمطلق المضاربة ولو نهاه عن الشركة وخلط المال او [illegible]
قال له اعمل برايك صح نهيه لانه لم يستفده بمطلق المضا[illegible]بة ولو

مات رب المال انعزل المضارب سوا علم به او لم يعلم لانه عزل
ضروري فلا يشترط له العلم ولا يملك الشرا المبتدا لانه
انعزل ويملك بيع ما اشترى ليتوصل الى المال لانه لم ينعزل في حق
هذا التصرف لما مر ولا يملك المسافرة لانه انما كان يملكها
بالمضاربة وقد انتقضت وان خرج بالمال بعد موت رب المال
الى مصر رب المال لم يضمن استحسانا لانه وجب عليه رد المال
الى الورثة ولا يمكنه بدون المسافرة وللمضارب الامر العام المتعارف
فيما بين الناس وليس له ان يعمل بما فيه ضرر ولا ما لا يعمل به
التجار ولا ان يبيع الى اجل لا يبيع اليه التجار ولا ان يحمله
في السفر المخوف الذي يتحاماه التجار لان مطلق الامر يتقيد
بالعرف ولو قال له اعمل برايك ثم قال له لا تعمل برايك صح نهيه
ان كان قبل ان يعمل بغيره وكذا لو قال لا تبع من فلان او لا
تشتر كذا فذلك يصح اذا كان قبل الشرا لان قبل اتصال
العمل به لم يتعلق به حق المضارب فصح نهيه بخلاف ما اذا اتصل
لما بينا ولو دفع الى رجلين فقال اعملا برايكما او لم يقل فليس
لاحدهما ان يبيع ولا ان يشتري بغير اذن صاحبه لانه رضي
برايهما دون راي احدهما فان اذن له الشريك جاز لان رايه قد
حضره ولو اشترى المضارب خمرا او خنزيرا او ميتة او
مدبرا او ام ولد وهو يعلم او لا يعلم فهو ضامن للدراهم التي دفع لان
المقصود من المضاربة انما هو الربح وذلك لا يحصل الا ببيع ما
اشتراه وهو لا يملك بيع هذه الاشيا فلم يكن عقد المضاربة
متناولا لها فصار مشتريا لغيره امر ودافعا للدراهم فيضمن ولو اشترى
شرا فاسدا فانما يملك بالقبض فلم يصر فيه مخالفا وما اشترا على

لانه صحيح

المضاربة لان الامر بالشرا يتناول الصحيح والفاسد لان الفاسد
من جنس الصحيح في ذاته سمي فاسدا لمجاورة الاتصال الفاسد
به ولان المقصود يحصل بهذا الشرا كالصحيح ولو اشترى عبدا
بما لا يتغابن في مثله فهو مخالف سوا قال له اعمل برايك
او لم يقل لان الامر بالشرا المطلق يتقيد بما يتغابن في مثله
عادة لان الناس لا يشترون الا بالمثل ولو باع بما لا يتغابن
الناس فيه جاز في قول ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وهذا بنا
على الخلاف في ان الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بالغبن
الفاحش عنده خلافا لهما والمضارب وكيل بالبيع والشرا
مطلقا والمسئلة مرت في كتاب البيوع قال ابو الحسن اذا قال
له اعمل فيه برايك فله ان يفعل جميع ما في هذا الباب الا الاقراض
والاستدانة واخذ السفاتج والشرا بما لا يتغابن فيه والله اعلم

باب
المضاربة الخاصة

اذا دفع مالا مضاربة على ان يعمل بالكوفة فليس له ان يعمل به في
غيرها لان التقييد بها مفيد فيتقيد بها ولا يدفع بضاعة
الى من يخرج به من الكوفة لانه لا يملك بنفسه فلا يملك تفويضه
الى غيره وان اخرجها ضمن اذا اشتراها وباع وكان ذلك له ربحه
وعليه وضيعته لانه لما ضمن فقد خرج من المضاربة لان المضاربة
امانة وبين الامانة والضمان تضاد فصار متصرفا بغير امر
موكله وان لم يشتر به حتى رده الى الكوفة بري من الضمان لانه
امين فاشبه المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرا فاذا
هذا يرجع المال الى المضاربة على حاله وان كان اشترى بالبعض

في المصر كان ذلك من المضاربة اعتباراً للبعض بالكل ولو دفع
اليه على ان يعمل في سوق الكوفة فعمل في غير السوق من الكوفة
جاز على المضاربة استحساناً لان الكوفة بمنزلة مكان واحد
بجميع اطرافها فلا يكون التقييد مفيدا ولو قال لا تعمل
في غير السوق عمل فيه لانه نهى عن التصرف في غيره فصح لما بينا ان
النهي في الابتدا يصح وكذلك قبل شرا المتاع ولو قال خذ هذا
المال تعمل به في الكوفة او فاعمل به في الكوفة او خذه بالنصف في الكوفة
لم يجز في غيرها لان قوله يعمل به ادرج فيه اللام والفا للتعليق و
في للظرف فيتقيد بها بخلاف ما اذا قال واعمل في الكوفة لان
الواو للعطف فلا يتوقف صدر الكلام عليه فلم يتقيد بها وصار
ذلك مشورة وكذا اذا قال خذها مضاربة بالنصف على ان
يشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال في الطعام
او قال تشتري به الطعام وهذا كله تفسير وتقييد المضاربة
لما بينا في التقييد بالكوفة بخلاف العطف بالواو نحو قوله واشتر به والشرط
الطعام حيث لا يتقيد بل يصير مشورة لما بينا والطعام الحنطة
والدقيق في العرف لان العرف خصه بذلك وله ان يشتري
ذلك الصنف في المصر وغيره لانه قيده بذلك الصنف دون
المكان ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع فهو على فلان
خاصة لانه خصه به ولو قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة
وتبيع فباع مع رجل بالكوفة من غير اهل الكوفة جاز لان المراد
به البيع والشرا ممن يكون في الكوفة وكذلك لو قال على ان
يشتري من الصيارفة فهو عليهم خاصة ولو دفع مالا مضاربة
ثم قال اشتر به البز وبع فله ان يشتري البز وغيره لانه

٩

مشورة قال ويجب انه اذا قال له ذلك قبل الشرا ان يكون
صحيحا لان التخصيص قبل الشرا يجوز ولو امره بالشرا بالنقد صح
التخصيص لانه مفيد ولو قال بع بالنسيه ولا تبع بالنقد فباع
بالنقد جاز لانه خلاف الى خير ه **باب**
الاختلاف في الشرط ه اذا قال رب المال امرتك ان
تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة سوا
فالقول قول المضارب لانه يدعي العموم وانه الاصل لان
المقصود من المضاربة تحصيل الربح وانه لا يحصل الا بتكرر
التصرف في انواع التجارات فكان العموم ثابتا بقضية العقد
ورب المال يدعي الخصوص وانه امر عارض والمضارب ينكره
فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال رب المال امرتك ان تتجر
في البز وقال المضارب بل في الطعام حيث يكون القول قول رب
المال والبينة بينة المضارب لانهما اتفقا على الخصوص واختلفا
فيما يستفاد بالشرط فكان القول قول من يستفاد الاذن من
جهته والبينة بينة المضارب لانها تثبت شرطا وفي الاختلاف
في العموم والخصوص اذا اقامت لهما بينة فان نص شهود المضارب
انه اعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته لانها اكثر اثباتا
لانها تثبت العموم وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب
المال لانها تثبت امرا عارضا وهو الخصوص وكذلك لو اختلفا في
المنع عن السفر لما مر واذا تعارضت البينتان في صفة الاذن
عن وقتا ووقتتا فالوقت الاخير اولى لانه ياتي ناسخا للاول فيصير
كالرجوع **باب** نفقة المضارب
الاصل ان تكون نفقة المرء على نفسه الا اذا كان محتبسا لغيره

فتكون نفقته على ذلك الغير كنفقة الزوجة تجب على الزوج ما
دامت محتبسة بحقه والمضارب ما دام يعمل في مصره فهو
غير محتبس لرب المال لانه ساكن فيه وموطن فيه فكان احتباسه
لنفسه لا لغيره فتكون نفقته في ماله فاذا سافر ليعمل في مال
المضاربة فقد احتبس لغيره فتكون نفقته فيه بخلاف المبضع
حيث لا يستحق النفقة في البضاعة لانه متبرع في عمله
فلا يستحق بدله وبخلاف الاجير حيث لا تجب نفقته على
المستاجر وان احتبس لاجله لانه يعمل باجر والاجر يجب
له لا محالة فكان عاملا لنفسه معنى ومحتبسا لنفسه بخلاف
المضارب فانه يعمل بجزء من الربح وفي وجوده خطر فلو وجبت
نفقته على نفسه لتضرر وما كان من الحوائج الاصلية كالكرا
والكسوة والطعام واجر اجير يخدمه وفراش ينام عليه وغسل
ثيابه وشراء ادامه [illegible] في مال المضاربة فهو من مال المضاربة
وما كان من فضول الحوائج كالادوية واجرة الحجام والطبيب
وثمن النورة فهو من ماله وقيل الضابط في ذلك عرف التجار
في الانفاق ومحمد جعل الدهن من الحوائج الاصلية لان الحاجة
تمس اليه في الغالب خلافا لابي حنيفة ولابي يوسف فانهما
جعلاه من فضول الحوائج وروى الحسن انه اذا احتجم او اطلى
او اختضب او اكل فاكهة مثل ما يصنع التجار فذلك في
مال المضاربة اشار الى المعتبر في ذلك عادة التجار وعن
ابي يوسف انه سئل عن اللحم فقال كما كان ياكل وسبيل النفقة
ان تحسب من الربح ان كان وان لم يكن فهو من راس المال
وان انفق من مال نفسه رجع في مال المضاربة وان هلك المال لم

يرجع على رب المال لانهما قصدا بهذا العقد الربح فلو احتسبت
النفقة من راس المال او رجع المضارب بما انفق من ماله على
رب المال بعد هلاك مال المضاربة يخسر رب المال خسرانا
مبينا ولو لم يجعل نفقة المضارب في مال المضاربة يخسر ايضا
فكان التسوية في ذلك ما ذكرنا ولو خرج من مصره
يوما او يومين فله النفقة من مال المضاربة وكذلك لو نوى
الاقامة في مصر خمسة عشر يوما فصاعدا الا ان استحقاقه
النفقة لا لاجل السفر وانما هو لاحتباسه لاجل المال وانه
موجود في هذه المدة والاقامة في غير وطنه ولا تبطل نفقته
الا باقامته في مصره لان مقامه فيه لاجله لا للمال وكذا
في مصر يتخذه دارا لانه مثل الوطن الاصلي ولو ان بصريا قدم
الكوفة فاخذ بها مالا مضاربة لا نفقة له في المال حتى يخرج
لان اقامته فيها بناء على الاول واقامته في الابتدا فيها كانت
لنفسه لا للمال وما هو بناء عليه اخذ حكمه فان خرج من الكوفة
ليعمل في مال المضاربة فله النفقة في المال حتى يصل الى البصرة
لانه صار محتبسا للمال فاذا وصل الى البصرة لم ينفق منه ما دام
بالبصرة لانها وطنه الاصلي وكان مقامه فيها لنفسه فاذا
خرج من البصرة فله النفقة حتى ياتي الكوفة وما دام مقيما
بالكوفة ايضا لان وطنه بالكوفة بالسفر ووطنه بالبصرة قائم فاذا
بطل وطنه بالكوفة صار محتبسا فيها للمال لا لنفسه وكل من
كان مع المضارب ممن يعينه على العمل ويخدمه ويخدم دوابه
فنفقتهم في المال احرارا كانوا او عبيدا لانهم محتبسون له
لا عبيد رب المال بعثه ليعينه لانه بمنزلة عبده و[illegible]

اذا كان لا يكون نفقته في المال لانه عامل لنفسه وكذا انفق
عمله وما اطلق للمضارب من النفقة فذلك بالمعروف على
ما هو المتعارف بين التجار لان الاطلاق باعتبار العرف
فيتقدر به وان تجاوز ذلك ضمن الفضل لانه صار غاصبا
وسوا سافر براس المال او متاع المضاربة لان المعنى يجمعهما
وهو الاحتباس له ولو سافر المضارب بماله ومال المضاربة
او بمالين لرجلين فنفقته في المالين بالحصص لان الاحتباس
وقع لهما وان كان احد المالين بضاعة فنفقته في مال المضاربة
الا ان يتبرع بالعمل في البضاعة لان الاحتباس لا يقع للبضاعة
الا اذا تبرع له فاذا تبرع ينفق من مال نفسه دون البضاعة
لما بينا انه متبرع الا ان يكون اذن له في ذلك ولو خلط مال
المضاربة بماله باذن فالنفقة بالحصص واذا رجع المضارب
الى مصره رد ما فضل عنده من ثياب الكسوة والطعام الى
المضاربة لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة وقد زالت
اذا انفسخت المضاربة وعلى الناس ديون فان كان في
المال ربح اجبر المضارب على التقاضي لانه يستحق الربح بعمله
فيجبر عليه وان لم يكن فيه فضل لم يجبر لانه وكيل محض متبرع
بعمله فلا يجبر ويقال له احل رب المال على الغرما لان حق
القبض له للزوم عاقدا فاذا لم يقبض يؤمر بالاحالة واذا كانت
المضاربة فاسدة فلا نفقة له لانه في الفاسدة يستحق الاجر
لا الاجارة

باب الاختلاف

في راس المال والربح اذا اختلفا في قدر
راس المال وفيما شرط له من الربح فالقول قول المضارب في راس

الثاني

المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح وكان ابو حنيفة
يقول اولا القول قول رب المال فيهما وهو قول زفر لان هذا اختلاف
في الربح لان راس المال متى كثر كثر الربح والقول في الربح قول
رب المال لانه يستفاد بشرطه من جهته فكان القول قوله ولهذا كان
القول قوله عند الاختلاف فيما شرط له من الربح بالاتفاق وجه
قوله الاخر وهو ان هذا اختلاف في المقبوض لان الربح لا في يعده
فرب المال يدعي عليه زيادة قبض وهو ينكر فكان القول قوله
ولهذا لو انكر القبض اصلا كان القول قوله وكذا اذا انكر
قدره ولو لم يكن في يد المضارب الا قدر ما ذكر انه قبض من
راس المال فالقول قول المضارب عندهم ولو جا المضارب بثلاثة
الف فقال الف راس المال والف ربح والف بضاعة او وديعة
او دين فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب
لان المال في يده وقد اقر به لغيره فينفذ اقراره في حقه وعليه
اليمين ومن اقام منهما بينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته
لانها تثبت زيادة ولو قال رب المال شرطت لك ثلث الربح
وزيادة عشرة وقال المضارب شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب
والبينة بينة رب المال لانه لا يتبع لرب المال في دعوى الزيادة
وكانه عيني في دعواها بل فيه فساد العقد وباقدامه على
العقد اقر بصحة العقد لانه فلا يقبل دعوى الفساد منه
والبينة بينة رب المال لانها تثبت الفساد ولو قال رب المال
شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب شرطت الثلث
فالقول قول رب المال لانه ينكر الزيادة وله فيه نفع في نفيه
انكاره وان تعلق به فساد العقد ولو اقام رب المال البينة

على شرط النصف واقام المضارب البينه على انه لم يشترط شيا فالبينة
بينه رب المال لان بينه المضارب قامت على صورة النفي و
بينه رب المال على صورة الاثبات وكانت اولى ولو اقام
المضارب البينه انه شرط له مائة درهم فبينته اولى وحكم المزارعه
في هذا الباب مثل حكم المضاربه الا في هذا الفصل خاصة فانه
اذا قال العامل شرطت لي مائه قفيز وقال رب الارض في البذر
شرطت لك النصف فالبينه بينه الاول بخلاف المضاربه فانها
عقد جائز غير لازم وقد تعارضت البينتان في الاثبات فرجحنا
بينة المضارب لان فيه زيادة اثبات وهو احكام الاجر ولزومه
والمزارعه عقد لازم ولهذا يجبر العامل على العمل بخلاف
المضارب فانه لا يجبر ما لم يظهر الربح وتعارضت البينتان
فرجحنا بينة رب المال لانها تثبت لزوما في العقد لا يوجد
ذلك في بينه العامل ولو ادعى رب المال انها بضاعه وادعى
القابض المضاربه بالنصف او بمائة او انها قرض فالقول قول
رب المال والبينه بينة المضارب لانه يدعي عليه استحقاق جزء
من ماله وفي القرض يدعي التملك عليه وهو منكر فكان
القول قوله والبينه بينة المضارب لانها تثبت ما يدعي من التملك
واستحقاق الربح ولو ادعى رب المال القرض وادعى القابض
المضاربه فالقول قول القابض لانهما اتفقا على قبض باذنه
ورب المال يدعي الضمان وهو منكر وكان القول قوله
والبينه بينه رب المال لانها تثبت الضمان **باب**

الاستدانه على المضاربه اذا اشترى المضارب سلعة باكثر
من مال المضاربة كانت الزيادة للمضارب لان الاذن بالتصرف

تناول المال المدفوع اليه دون غيره وكان متصرفا في الزيادة
بغير امره فيقع الشرا لنفسه والمال دين عليه وله ربحه وعليه
وضيعته ولا يضمن لان الخلاف حصل وقع حكما للشرا لا قصدا
حولت سوال المعبر وسوال الماسد ابو [illegible] المضاربة [illegible]
فصار كما لو اشترى نصف عبد من رجل ثم باعه مع البايع
لم يضمن لما بينا كذا هذا ولو كان راس المال الفا فليس
له ان يشتري بالمكيل والموزون والمعدود لانه غير الدراهم فلم
يتناوله الامر ولو اشترى بالدنانير نفذ على المضاربة استحسانا
لانهما جنس واحد فيما يرجع الى الثمنية وكذلك اذا اشترى
بالفلوس على قول من يجوز المضاربة بها لانها من جنس الدراهم
فيما يرجع الى الثمنيه وكذلك اذا اشترى بالبيض وفي يده
سود او بالصحاح وفي يده مكسرة لانها جنس واحد ولو اشترى
بقدر راس المال شيا لم يملك ان يشتري بعد ذلك شيا على
المضاربة لانه لو اشترى كان استدانة وانه لا يملكها واذا
حصل في يد المضارب صنوف من المكيل والموزون فليس
له ان يشتري شيا بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره
وليس اختلاف الصفه هاهنا كاختلاف الصفه في الدراهم
لان اختلاف الجنس في الدراهم والدنانير لا يمنع وقوع الشرا على
المضاربة فالاختلاف في الصفة اولى وهاهنا الاختلاف في الجنس
يمنع فالاختلاف في الصفة كذلك ولو اشترى المضارب
شيا للمضاربة ليبيع العروض ويؤدي ثمنه منه لم يجز على المضاربة
سوا كان الثمن حالا او مؤجلا لان الشرا وقع للمضارب
لانه تصرف بغير امر لان الامر لم يتناوله ولهذا ولو باع العروض
قبل المحل لم ينتفع بذلك لان الشرا حال وجوده وقع للمضارب

فلا يبقى المضاربة بعد ذلك ولو قال له رب المال استقرض على
الالف واتجر بها على المضاربة ففعل كان ذلك على نفسه لان
الامر انما يصح بما يملكه المامور والمامور يملك الاستقراض
بدون الامر فلا يصح امره به كالامر بالاحتطاب والاحتشاش
وان قيل فيه ايجاب المثل في ذمة الامر وانه لا يملكه بدون امره
قلنا لو كان كذلك كان صرفا فيبطل بعدم القبض ومع
ذلك لم يبطل علمنا انه ليس فيه ايجاب المثل في ذمته وانما وجب
رد عينه لانه اعارة لكن لما لم يمكنه الانتفاع الا باستهلاك عينه
اقيم رد مثله مقام رد عينه وهذا معنى قول الفقهاء اقراض
الدراهم والدنانير اعارة   وان هلك قبل ان يدفعه
الى رب المال لزمه ضمانه لانه هو المستقرض ولو اشترى
به كان المشترى بينهما ورجع على رب المال بحصته لانه في
النقد بر بقول اشتر بالف نسيئة بيني وبينك ففعل جاز
كذا هنا   واذا اشترى بجميع مال المضاربة ثيابا
على حملها او قصارتها او فتلها فهو متبرع لانه لو لم يصر متبرعا
لكان مستدينا وانه لا يملك ذلك وكذا اذا صبغها اسود
من ماله فلا ضمان عليه سواء قال له اعمل برايك او
لم يقل لان السواد ليس بزيادة عند ابي حنيفة فلا يثبت
الشركة بالخلط بخلاف ما اذا صبغه بعصفر او زعفران
حيث يضمن وان لم يقل له اعمل فرب المال بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته يوم صبغه وان شاء اخذ فيضرب فيه رب المال
بقيمته ابيض ويضرب المضارب بما زاد فيه الصبغ لان هذا
الصبغ ... في الثوب وانه عين مال قايم في الثوب وكان

اثبات الشركة بالخلط وانه لا يملك ذلك اذا لم يقل له اعمل
برايك فصار غاصبا والحكم في الغصب ما ذكرنا وان قال
له اعمل فيه برايك فلا ضمان عليه لانه ملك الخلط والاشتراك
لانه لتعميم الامر في تصرف يؤدي الى التثمير واذا باعه قسم
الثمن على ما بينا والله اعلم

باب

ما يلحق مال المضاربة اذا اشترى بالالف المضاربة عبدا
او بالالف من عنده فانفق عليه فهو متطوع لانه لو لم يجعل متطوعا
لصار مستدينا على المضاربة وانه لا يستفيد بمطلق المضاربة
وان رفع الامر الى القاضي امره بالنفقة لان فيه نظرا للغايب
وللقاضي ولاية النظر لانه لو لم يامر بذلك والمضارب ممتنع
عن النفقة يضيع المال ويكون ذلك قسمة لان من ضرورة
الامر بالنفقة تعيين ملكه هذا عن ملكه وانه قسمة ولو اشترى بالالف
جارية تساوي الالفين فالحاصل من مذهب ابي حنيفة
وابي يوسف ان النفقة عليهما وقال محمد النفقة على رب المال
لان ملك المضارب في الربح لا يظهر الا بعد القسمة ولم توجد
ولهذا لو هلك يصرف الهلاك اليه ولنا ان للمضارب ملكا فيها
بدليل انه ينفذ اعتاقه فيجب عليه نفقة ملكه وعلى هذا
الاختلاف اذا ابقت الجارية فردت فالخلاف في الجعل كالخلاف
في النفقة لان الجعل لاحياء الملك وكان عليهما كالنفقة ويكون
قسمة ضرورة التعيين لعين ايجاب النفقة والجعل ثم
عند ابي حنيفة تخرج العبد من المضاربة ويجبر كل واحد
منهما على ان يعطي حصته من الجعل وعن ابي يوسف لا يحتسب
الجعل في بيع المرابحة ويحتسب به فيما بينهما لان في بيع المرابحة

لانه ماجرى عرف التجار بضمه والعرف لم يجر بينهم ان يجعل المنة
في المضاربة تحتسب النفقة من الربح فان كان هناك ربح
فالجعل فيه والا فهو وضيعة من راس المال والله اعلم ٥

باب جناية عبد المضاربة

اذا اشترى بالالف المضاربة عبدا قيمته الفان فجنى الغلام جناية
ورب المال غائب لم يخاطب المضارب بالدفع او الفدا وليس
هذا كالعبد الماذون اذا اذن لعبده في التجارة فجنى لا يعتبر
حضرة المولى بل يخاطب العبد بالدفع او الفدا لانه متصرف
لنفسه ولهذا لا يصح التخصيص في حقه ولهذا لا يرجع
بالعهدة على سيده فالتحق بالاحرار في حق التصرف بخلاف
المضارب فانه وكيل ولهذا تتقيد بالتقييد ويرجع بالعهدة
على موكله وكذا اذا حضر رب المال وغاب المضارب لم
يخاطب المولى مع غيبته فاذا حضرا خوطبا بالدفع او الفدا في قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يخاطب رب المال ولا يعتبر
حضرة المضارب لان ملك المضارب لا يظهر الا بعد القسمة
ولم توجد ولنا ان للمضارب فيه ملكا ولهذا ظهر في الاعتاق
حتى انه لو اعتقه ينفذ عتقه فيعتبر احضارهما وفي هذا
الاصل تناقض فان ابا يوسف اوجب النفقة وجعل عليهما
في الباب الاول بناء على ان لهما فيه ملكا وههنا لا يعتبر حضرة
المضارب بناء على ان ملكه غير ظاهر ومحمد اعتبر حضورهما
ههنا ولم يوجب النفقة عليهما ولو اختار احدهما الدفع والاخر
الفدا فلهما ذلك لان لكل واحد منهما ملكا فيكون كل واحد
في نصيبه بخلاف العبد المرهون اذا كانت

قيمته اكثر من الدين فجنى فاختار احدهما الدفع والاخر الفدا لم
يعتبر حتى يجتمعا على شي لان المستحق عليه دفع واحد وهو
الراهن فانه المالك لا غيره ولا يجوز ان يستحق عليه دفع بعضه
وفي بعضه الفدية وفيما نحن فيه المستحق عليه اثنان لان المالك
اثنان فاشبه عبدا بين اثنين جنى فاختار احدهما الدفع في
نصيبه والاخر الفدا الا ان الفرق بينهما ان احد الشريكين
اذا كان غائبا يخاطب الحاضر بدفع نصيبه او فدائه و
في المضاربة لا يخاطب احدهما حال غيبة الاخر لان دفع
احدهما او فداه يوجب قسمة وانها لا يصح الا بحضرة الاخر
وفي العبد المشترك دفع احدهما او فداه لا يوجب حكما في نصيب
الاخر فلذلك افترقا فلا يسمع البينة على عبد لاثنين الجناية
عليه حتى يحضر رب المال لان موجب الجناية على المالك
دون العبد ويوخذ بالعبد كفيلا الى ان يقدم المولى كيلا يغيب لنفسه ولو كان
قيمته العبد مثل مال المضاربة فالتدبير في الدفع والفدا الى
رب المال لانه لا ملك للمضارب فيه وايهما فعل خرج العبد
من المضاربة لان بالدفع يفوت محل المضاربة فتبطل
بفوات محلها وبالفدا ظهرت رغبته في عينه وانه ينافي
المضاربة لان الرغبة في المضاربة ما لية لا عينه ولو
اختار المضارب الفدا فله ذلك لان له امساكه للربح
ولهذا اذا اراد المالك انتزاعه من يده فله ان يمنع ويدفع
عليه قال محمد ولو اشترى ببعض مال المضاربة عبدا
يساوي الفا فقتل عمدا فلا قصاص فيه وان اجتمعا لان
كل واحد منهما يملكه غير متعين فيه ولهذا لا يملك عتقه

لا يملك عتقه

للاجتماع ولو كان اشترى بالالف المضاربه عبدا قيمته
الف فقتل عمدا كان لرب المال ان يقتص لانه لا ملك
لغيره فيه ولو كانت قيمته الفان لم يكن فيه قصاص وان
اجتمعا لان ملك كل واحد منهما غير متعين ويجب القيمه
على القاتل في ماله في ثلث سنين وتكون على المضاربه فيشتري
بها ويبيع لان القيمه بدل مالية في حق السيد لانه المستحق
بماليته فاخذ حكم مال المضاربه بخلاف ما اذا اقتص حيث يخرج
عن المضاربه لان بالقصاص فات محلها ولو كان عند
المضارب عبد فقتل احدهما عمدا وقيمه كل واحد منهما الف لم
يكن فيه قصاص لما بينا ويجب القيمه وحتى وجب القصاص
خرج العبد عن المضاربه لما بينا واذا اوجبت القيمه فالقيمة
على المضارب لما ذكرنا واذا ادعي القتل العمد على عبد المضاربه
لم تسمع البينة الا بعد حضور رب المال والمضارب في قول ابي
حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف تسمع وان كانا غايبين لان
متعلق القصاص الدم لا المال ولهذا ينفذ اقرار العبد بالقصاص
ولا حق لهما في الدم ولنا ان توجب البينه تتعدى الي المولى لان
رقبته تصير مستحقة في حق اقامة القصاص والبينة يمكن
دفعها بالطعن ونحوه فتتوقف على حضور المولى والاقرار لا
يمكن دفعه فلا فائده في التوقف على الحضور ولو
اقر العبد بالقصاص فعفا احد الوليين فلا شي للاخر لان
انقلب مالا واقرار العبد بالمال لا يصح في حق سيده
ولـ[illegible] المال والمضاربة قيل له ادفع نصف نصيبك
او [illegible] شايعا في النصيبين فينفذ في حق المصدق

نصيبه نصـ
ولو صدقه [illegible]
او الفداء

دون غيره باب

هلاك مال المضاربه قبل الشرا او بعده اذا هلك بعد التصرف
بطلت المضاربة لفوات محلها وهو المال والقول في الهلاك
قول المضارب مع يمينه لان المال امانة في يده فاشبه المودع
ولو استهلك المضارب او اعطاها رجلا فاستهلكها لم
يكن له ان يشتري على المضاربة لان مال المضاربه صار
دينا والدين لا يصلح راس مال المضاربة فان اخذها من الذي استهلك
كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن عن ابي
حنيفه لان الماخوذ بدل مال المضاربه فاخذ حكمه وعن
محمد ان المضارب اذا اقرض رجلا فان رجعت اليه
الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لان بالعود يرتفع الخلاف
فيعود امانة كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق
وان اخذ مثلها لم يرجع على المضاربة لان باخذ بدله يتقرر
الضمان والضمان ينافي المضاربة لان المضاربة امانة في يده
ولو اشترى بالف المضاربة جارية ولم ينقد الثمن حتى هلك الالف
رجع على رب المال وكان راس ماله الفين وان هلك ثانيا
رجع عليه وكذا اذا هلك ثالثا وكلما هالك قبل النقد
ويكون راس المال جميع ما غرمه مع الالف وليس هذا كالوكيل
بالشرا اذا اشترى بالف ودفع الالف من الموكل وهلك في يده
قبل النقد حيث لا يرجع على الموكل الا مرة لان الوكيل ماموز بالشرا
مرة فاذا اشترى فقد تمت الوكالة وقد وجب له على
الموكل مثل ما وجب للبايع عليه وقد استوفى مرة
مرة اخرى بخلاف المضارب فانه ماموز بالشرا مرارا لان

ثاني ط
ولا استوفي

المقصد من المضاربة تحصيل المال وانه لا يحصل الا بتكرار
التصرف وبالشراء مرة لم تنته الوكالة فلهذا افترقا ولان الرجوع
في باب المضاربة لا يؤدي الى تضييع مال رب المال بما يدفعه
يجعل زيادة على راس المال وفي باب الوكالة يؤدي الى التضييع
لانه لا يقابله شيء من المبدل ولو تصرف المضارب حتى صارت
الفين فاشترى بها جارية قيمتها الفان فهلكت الالفان
قبل النقد رجع على رب المال بالف وخمسماية ويغرم في ماله
خمس ماية لان ربع الثمن كان للمضارب فيكون غرمه
عليه فيخرج ربع الجارية عن المضاربة لانه ملكه ببدل فلا
من مال المضاربة لان المضارب لا يكون له راس المال و
يبقى ثلثة ارباعها على المضاربة ولو اشترى بالالف جارية
تساوي الفين فضاعت عنده فهي لرب المال كلها لانه لا ملك للمضارب
في الالف الثمن ولو اشترى جارية تساوي الفين بامة تساوي
الفا وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا فانه
يغرم من قيمة التي اشتراها خمس ماية والباقي على رب المال
لان ربع ما اشتراها ملك المضارب ولو كانت قيمة التي اشتراها
الفا والامة التي كانت عنده قيمتها الفان وقد قال له رب
المال اشتر بالقليل والكثير فقبض التي اشتراها ثم هلكت رجع
على رب المال لانه لا ملك للمضارب فيها ففي هذه الرواية اعتبر
ما يغرمه وهي الامة التي اشتراها دون ما تجب عنه
الثمن وهي التي باعها وفي رواية اخرى اعتبر التي باعها
لانه كان له فيه ملك فينبغي ان يثبت له الملك فيما يقابله
انتقال الملك فيلزمه غرمه ولو اشترى المضارب عبدا بالف

فهلك الالف فقال رب المال اشتريته قبل الهلاك وقال المضارب
لا بل بعد وكنت ارى ان المال عندي فالقول قول المضارب
ولو قال رب المال ضاع قبل الشرا وقال المضارب لا بل بعده
فالقول قول رب المال والبينة بينة المضارب لان الاصل في
الحوادث ان تضاف الى اقرب الاوقات عند وقوع الاختلاف
فيه والشرا حادث وفي الفصل الاول يدعي المضارب حدوثه
في زمان وفي الفصل الثاني يدعي رب المال حدوثه في زمان
قريب فكان القول قول من يدعي القرب والبينة بينة الاخر

باب

المضارب يدفع المال مضاربة الى غيره

المضارب ان يدفع المال مضاربة الى غيره ان قال له رب المال
اعمل فيه برايك لما بينا انه عمم التفويض اليه فتصرف يؤدي
الى تثمير المال ودفع المال مضاربة طريق الى تثمير المال
فتناول التفويض فان دفع مضاربة الى غيره باذن وقد كان
قال له رب المال ما رزق الله من شيء فهو بيننا او ما كان من
ربح فهو بيننا وشرط الاول للثاني ثلث الربح جاز ويكون
لرب المال نصف الربح وللمضارب الاول سدس الربح وللمضارب
الثاني ثلث الربح لان رب المال شرط الاول نصف ما يرزق
الله او نصف الربح والاول شرط للثاني الثلث فانصرف ذلك
الى نصيبه لانه اجير والاجير يملك ان يستاجر باقدار
بالخشن فان الخياط اذا تقبل ثوبا بدرهم ودفع الى غيره بنصف
درهم او بدرهم ونصف جاز وانما يملك ذلك في نصيبه لا في نصيب
غيره لان العمل وقع له فيكون عليه فاذا انصرف الى نصيبه بقي

له من النصف السدس فحسب ولو شرط الاول للثاني نصف
الربح كان الربح بين رب المال والمضارب الثاني نصفين
ولا شيء للاول لان شرطه انصرف الى نصيبه ونصيبه كان النصف
فلم يبق له شيء ولو شرط له ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب
الثاني النصف ويغرم الاول للثاني مثل سدس الربح لانه شرط
له ثلثي الربح وقد وصل اليه نصف الربح فيغرم الى تمام الثلثين
السدس وان كان قال له رب المال ما رزقك الله من شيء فهو
بيننا او ما ربحت من شيء فهو بيننا فدفع الاول الى الثاني مضاربة
بالثلث او باقل او باكثر من ذلك فللثاني ما شرط و
للباقي بينه وبين رب المال نصفان لان رب المال شرط للاول
نصف ما يربح ونصف ما يرزقه الله وما ربح وما رزق الاول الفاضل
عما شرطه الثاني فيكون بينهما وان كان رب المال دفع اليه المال
مضاربة مطلقا ولم يقل له اعمل فيه برايك فدفع المضارب
الى غيره مضاربة فقد روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا ضمان
على الاول حتى يعمل فيه الثاني ويربح فيه فان عمل ولم يربح فلا
ضمان وقال ابو يوسف ومحمد اذا عمل ضمن ربح او لم يربح وقال
زفر ضمن عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لانه متعد في
الدفع لان الاذن انما يتناول دفعا بجهة الايداع والابضاع
لا بجهة المضاربة فصار غاصبا بالدفع وهما يقولان بالدفع
لا يضمن لانه من الايداع والابضاع وانما يضمن بالعمل لان الاذن
لم يتناول العمل باجر بخلاف المستبضع والمودع فانه يعمل بغير اجر يتناول
لا يضمن بالدفع ولا بالعمل بدليل فصل الايداع والابضاع
لان في كل واحد منهما دفع وعمل ومع ذلك لا يضمن فلو كان

سببا للضمان ضمنه لان الشيء انما يصير سببا بمعنى راجع
اليه لا بمعنى في غيره وهو ان يكون في مقابلته اجر وانما يتم
باثبات الشركة لانه رضي بشركته دون شركة غيره والشركة
انما تثبت بالربح فتوقف الضمان عليه فمتى وجب الضمان
فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني
على في قولهما بخلاف مودع المودع اصلا لابي حنيفة فان عنده
المالك لا يتخير بل له ان يضمن الاول لا غير لان المودع
قابض للمالك وعامل له بخلاف المضارب فانه قابض لنفسه
وعامل لنفسه فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثاني
لان عند الضمان يملك مستندا فيظهر انه دفع ملك نفسه
مضاربة وان ضمن الثاني رجع به على الاول وصحت المضاربة
ايضا بخلاف الغاصب اذا رهن المغصوب فضمن المالك
المرتهن ورجع المرتهن على الراهن لا ينفذ عقد الراهن
لانه ما ضمن بالغصب لانه حين اختار تضمين المرتهن
ظهر ان غصبه لم يكن سببا وانما ضمن بتسليمه الى المرتهن
وتسليمه متاخر عن عقد الرهن فيستند اليه الملك عند الضمان
فلا يظهر انه رهن مال نفسه بخلاف المضارب فانه وان
ضمن بعمل الثاني او باثباته الشركة وانه متاخر عن عقد
المضاربة لكن عقد المضاربة عقد جائز غير لازم فيعطى
لبقائه حكم الابتداء فصار كان الملك استند الى الابتداء فظهر
ان دفع المال مضاربة كان بعد الملك بخلاف عقد الرهن
لا يطيب الربح فانه عقد لازم فلا يعطى لبقائه حكم الابتداء ويطيب الربح
للاسفل لانه يستحقه بعمله ولا خبث في عمله و

ولا يطيب الربح للاعلى

لانه يستحقه بالمال وما لم يملك فاورث ذلك شبهة على
قياس قول ابي حنيفة وان كانت المضاربة الاولى فاسدة
والثانية جايزة فلا ضمان على واحد منهما لان الضمان يتعلق
باثبات الشركة واثبات الشركة انما يصح ممن يستحق الربح
والاول لا يستحق الربح لان المضاربة فاسدة والربح كله
لرب المال لانه نما ملكه وللمضارب الاول اجر المثل وللثاني
على الاول مثل ما اشترط لان المضاربة بينهما جايزة ولو كانت
الاولى جايزة والثانية فاسدة فلا ضمان على واحد منهما
لما قلنا ان الضمان انما يجب باثبات الشركة والشركة انما
انما تصح وتثبت اذا صحت المضاربة ولم تصح وللثاني على الاول
اجر المثل لانه استوفى عمله بعقد فاسد وللاول ما شرط له
من الربح لان المضاربة بينه وبين رب المال صحيحة فاذا كانت
فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لما بينا ان الضمان يتعلق
باثبات الشركة والشركة لم تثبت ه ه ه ه ه

باب

المرابحة بين رب المال والمضارب

الاصل فيه ان بيع المرابحة مبناه على الامانة لان الثاني انما
ترك المماكسة اعتمادا على فعل الاول ودبانته فيجب تنزيهه
عن الخيانة وشبهتها وليس في اقل الثمنين حصة المضارب من
الربح خيانة ولا تهمتها فيضم حصة المضارب من الربح الى
اقل الثمنين فيبيعه مرابحة على ذلك ويطرح الزيادة على الاقل
من الثمنين وحصة المضارب لان فيهما تهمة الخيانة وشبهتها
وهذا لان الاصل ان لا يجوز شرا المضارب من رب المال لانه

يشتري لرب المال ما لم يملكه وكذا شرا رب المال من المضارب لانه
يشتري ماله بماله بنفسه وانما جوز للحاجة الى تحصيل
يد التصرف لان يد التصرف على المال ثابتة للمضارب فيمكن
فيه شبهة العدم فاثرت في المنع من المرابحة في القدر الذي فيه
شبهة الخيانة اذا دفع المال مضاربة فاشترى رب المال
عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه
مرابحة على خمسمائة لانها اقل الثمنين ولو اشترى المضارب
عبدا بالف درهم فباعه من رب المال بالف ومائتين باعه رب المال
مرابحة بالف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان الالف
اقل الثمنين ومائة حصة المضارب من الربح فيضمها اليه وكذا
روي عن ابي يوسف انه اذا اشترى احدهما وباعه من الآخر
باقل فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين لما بينا ولو اشترى
رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بالف ومائة فانه
يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين خمسمائة اقل الثمنين وخمسين
حصة المضارب من الربح لان ما زاد على خمسمائة الى الالف
لا يظهر الربح يكون كل واحد من الخمسمائة مشغولة براس
المال ولو اشترى المضارب بثمانمائة باعه مرابحة بخمسمائة
لانها اقل الثمنين والربح لم يظهر له والمحتسب للمضارب شيئا
حتى يكون اكثر من الف لما بينا وعلى هذا القياس تجري المسائل
فمتى كان شرا المضارب باقل الثمنين فان كان المضارب
حصة ضمها الى اقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب
باعه على اقل الثمنين وتضم اليه حصة المضارب من الربح لما مر
ولو اشترى المضارب بالف فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب

من المضارب
من الربح لما مر
رب المال بالفين ثم ان رب المال

المال بالفين ثم ان رب المال باعه من اجنبي مساومة بثلثة
الف ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالفين لم يملك ان
يبيعه مرابحة في قول ابي حنيفة الا على الفين وجه وعندهما
يملك بيعه مرابحة على الفين بناء على انه اذا اشترى ثم باع
ثم اشترى ثم باع وربح فعند ابي حنيفة يطرح الارباح ويعتبر
العقود وعندهما يعتبر العقد الاخير فقط وقد مرت المسئلة
في البيوع وهاهنا الربح الفان فلا يمكن بيعه مرابحة حتى يبين
ويطرح عنه ولو اشترى المضارب عبدا بالف وولاه رب المال
وباعه رب المال من اجنبي بالف وخمسمائة ثم اشتراه المضارب
من اجنبي مرابحة بالفين ثم حط رب المال من الاجنبي ثلثمائة فان
الاجنبي يحط من المضارب اربعمائة لان الحط يلتحق باصل العقد
فيحط من الاصل والربح بقدره والربح ثلث الثمن فينقسم الحط
اثلاثا فيسقط من راس المال ثلثاه وهما مائتان وهو الربح
ثلثه وهو مائة فيحط من المضارب اربعمائة لان راس المال وحصة
المضارب كان الفا وخمسمائة فيحط منه ثلثمائة فيسقط عن المضارب
ايضا مثلها ويحط حصته من الربح والربح وذلك مائة من اربعمائة
وهو مثل ثلث الثلثمائة ولو دفع الى رجلين الى كل واحد منهما الف
مضاربة فاشترى احد المضاربين عبدا بخمسمائة فباعه من
الاخر بالف فان الثاني يبيعه مرابحة على خمسمائة لانها اقل الثمنين
لان احد المضاربين من الثاني بمنزلة المضارب من رب المال
يعمل لرب المال والمال واحد فتتمكن الشبهة في الزيادة
[illegible] حكم [illegible] في المضارب مع رب المال فكذا في المضاربين
[illegible] من الثاني [illegible] الفين الذي [illegible] فان الثاني يبيعه مرابحة

على الف ومائتين وخمسين لانه اشترى النصف على المضاربة بالف
والثمن الاول في النصف مائتان وخمسون الاول اشترى الكل بخمس
مائة فكان حصة النصف مائتين وخمسين لم يظهر فيه الربح
لانه ما زاد على الالف فيبيع النصف الذي وقع للمضاربة على اقل
الثمنين وهو مائتان وخمسون والنصف الذي اشتراه لنفسه
بما اشتراه وهو الف لانه لا تهمة فيه فيكون جملة ذلك الف ومائتان
وخمسون ولو كان الاول اشتراه بالف وباعه من الثاني بالفين
وفي يد الثاني الف راس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة
على الف وخمسمائة لان الالف اقل الثمنين وخمسمائة حصة المرابح
لان الالف من الثمن ربح ولو كان الاول اشتراه بخمس
مائة باعه الثاني على الف لان الاول اذا اشتراه بخمسمائة
وباعه من الثاني بالفين فاقل الثمنين خمسمائة وحصة المضارب
من الربح الالف خمسمائة فيضمها الى خمسمائة فيكون الفا

باب
ما يجوز اشتراؤه بمال المضاربة

اذا اشترى المضارب ما لا يملك بالقبض لم يكن على المضاربة نحو
ان يشتري خمرا او خنزيرا او ميتة او دما او مكاتبا او ام ولد
لان المقصود من المضاربة تحصيل المال وتثميره وانه لا يتحقق
الا بالبيع بعد الشراء وما لا يملك بالقبض لا يملك بيعه ولو
اشترى ما يملك بالقبض كان على المضاربة نحو ان اشترى ثوبا
او عبدا بخمر لانه يملك بيعه بعد الشراء ولو اشترى ذا رحم محرم
من رب المال فهو مشتر لنفسه لان عقد المضاربة لم يتناوله
لان عقد المضاربة انما تناول ما يتوثق بالشراء دون [illegible]

عليه لان المقصود من المضاربة لا يتحقق فلم يصر ممتثلا
للامر فوقع الشرا لنفسه وان كان ذا رحم محرم من المضارب
فان لم يكن فيه ربح فهو على المضاربة لانه يملك بيعه بعد
الشرا لانه لا يعتق عليه لعدم الملك فيه فان كان فيه ربح
لم يكن على المضارب لانه عتق عليه بالشرا بقدر حصته
من الربح

باب
عتق المضارب

اذا اعتق المضارب عبدا من المضاربة ان كان في نفس
المعتق فضل على راس المال عتق بقدر حصته من الربح
لعبد مشترك بين اثنين اعتقه احدهما وان لم يكن فيه
فضل لم يجز عتقه لانه لم يتعين له فيه ملك وكذلك اذا
كانت فادى او اعتق على مال ولرب المال ان يفسخ
الكتابة قبل ان يودي لانه يتضرر به فيملك دفعه بالفسخ
لان الكتابة تقبله بخلاف ما اذا ادى لان بالادا تثبت العتق
وانه لا يقبل الفسخ وياخذ بدل من الكتابة حصته لان الكسب
حصل على الشركة وحصته من المكاتب وكذلك لو
ادعى للمضارب ان العبد الذي اشتراه ابنه جازت
دعوته ان كان فيه فضل وان لم يجز لان هذه دعوة
تحرير لان العلوق لم يكن في ملكه وانها بمنزلة الاعتاق
فان زادت قيمته على راس المال بعد ذلك جازت الدعوة
لان ملكه تعين في البعض ولا ضمان عليه لانه عتق حكما
بدون صنع منه وان ولدت الامة ولدا يساوي الفا وقيمة
الجارية الف وراس المال الف فادعاه المضارب لم يثبت

النسب لانه لم يتعين له فيه ملك لان كل واحد منهما
مشغول براس المال فلم يظهر الربح ولذلك لو كان في
يد المضارب عشرون عبدا قيمة كل واحد الف وراس
المال الف لم يجز عتقه في واحد منهم وقال زفر ينفذ
لان المضارب فيه ملك ولنا نعم لكنه غير معين والعتق
يصادف المعين وفي التعيين قسمة ولو اعتق رب المال
العبيد في كلمة واحدة نفذ عتقه فيهم لانه لما لم يظهر الربح
فيهم بقي على ملك رب المال فجاز عتقه في الكل لانه لما
اعتقهم بكلمة واحدة صار الكل كذات واحدة وضمن
حصة المضارب منهم سوا كان معسرا او موسرا لانه
ضمان اتلاف فيستوي فيه اليسار والاعسار بخلاف
عبد مشترك بين اثنين اعتقه احدهما لان تصرفه صادف ملك
نفسه ثم تعدى الى نصيب شريكه ضرورة نفاذه في نصيبه
فلهذا اختلف حالة اليسار والاعسار واما هنا التصرف
صادف محلا فوقعه محلا مشغولا لحق الغير فاشبه اعتاق
الراهن العبد المرهون وهناك لا يختلف اليسار والاعسار
فكذا هاهنا وهذه مسئلة محمولة على ان العلوق كان قبل
الشرا لان العلوق اذا كان بعد الشرا يتغير الحكم فيجب العقر
فاذا استوى رب المال العقد وهو مائة درهم احتسب من راس
ماله فيظهر في الجارية مائة درهم ربح فيثبت النسب والضمان
الجارية ام ولد له وذكر في الاصل على خلافه فانه قال
اذا اشترى جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي
الفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويقوم العقر فان

حيث يختلف بين حالة اليسار والاعسار

الشرا

قيمة

ازدادت قيمة الولد حتى صارت الفي درهم يثبت النسب من المضارب وعتق عنه الربع لانه ظهر الربح في الف درهم ونصف وهو خمسمائة وانها ربع الجملة ويسعى في ثلثة ارباعه وهو حصة رب المال والجارية على حالها حتى يستوفي رب المال العقر او السعاية اذا استوفى العقر فقد وصل اليه من راس المال مائة درهم فظهر في الجارية ربح مائة فملك المضارب نصف عشرها او ان استوفى السعاية فقد وصل اليه الف وخمس مائة الف راس المال وخمس مائة حصته من ربح الولد فصارت الام كلها ربحا فصحت دعوته فصارت ام ولد له ولو ازدادت قيمة الام فصارت الفين فالجارية ام ولد له وعلى المضارب ثلثة ارباع قيمتها موسرا كان او معسرا لان المضارب ملك ربعها لانه ظهر الربح في نصفها ولا يثبت نسب الولد لان الربح لم يظهر فيه لان كله مشغول براس المال فما لم يصل الى رب المال شي ولو ازدادت قيمتها ثبت النسب وصارت الجارية ام ولد له فيضمن المضارب لرب المال قيمة الجارية الفي درهم وعقرها مائة درهم ويستوفي رب المال راس ماله ومن الربح الفا ومائة ويستوفي المضارب من ذلك الفا ومائة وبقي تسعمائة ربح بينهما فيسعى الولد لرب المال في اربعمائة وخمسين لان الكل اربعة الف ومائة فاذا ضمن تمام قيمة الام وعقرها ظهر انه استوفى راس ماله والف مائة ربح فليستوفي المضارب مثله فبقي من الولد تسعمائة بينهما نصيب رب المال من ذلك اربعمائة وخمسون فيسعى الولد في ذلك القدر قال عيسى الصواب ان يضمن له

الثالث

ثلثة ارباع ام الام ونصف العقر ويجعل الربح في الولد على قياس ما تقدم ولو اشترى المضارب جارية بالف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد والجارية ام ولد له لان الدعوى استندت الى حين العلوق والولد غير متقوم حينئذ حتى يظهر الربح فيضمن حصة المضارب وانتقضت المضاربة ولا شي للمضارب

باب قسمة المضاربة

لا يصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال راس ماله لان الربح اسم للزيادة على راس المال وانها لا تتحقق الا بعد سلامة راس المال وان اقتسما وهلك ما في يدي المضارب بطل الذي قبضه رب المال راس ماله اذ ابلغ راس ماله وما في يد المضارب ربح فان لم يبلغ راس ماله يرد عليه ما يتم به راس المال والباقي فضل لان القسمة لم يصح لانها لم يصادف ربحا ولو قبض رب المال راس ماله اولا ثم اقتسما الربح ثم رد ذلك بعينه على المضارب على ان يعمل بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت في يده لم تنتقض القسمة الاولى لان المضاربة تناهت بقبض راس المال وقسمة الربح بعد ورده بعد ذلك على ان يعمل مضاربة حديثة فهلاك محل هذه لا توثر في القسمة الماضية على الجواز ولو اختلفا بعد قسمة الربح فقال المضارب كنت دفعت اليك راس المال قبل القسمة فقال رب المال لم اقبض راس المال فالقول قول رب المال فيحتسب ما قبضه من راس ماله ويتم ذلك مما في يد المضارب فان بقي بعد ذلك شي فهو بينهما وان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب

لان المضارب بهذه الدعوى يدعي استخلاص ما في يده
لنفسه ودفع الضمان عنه فيقبل قوله في دفع الضمان لانه
امين ولا يقبل في اثبات الخلوص لنفسه وتقبل بينته على
ذلك لانها قامت على صورة الاثبات وهو اثبات الردعلى
رب المال ومعنى الاثبات وهو اثبات خلوص ما في يده له
فكانت بينته مثبتة صورة ومعنى وعن ابي يوسف اذا
اخذ رب المال من المضارب العشرة او العشرين لينفقه و
المضارب يعمل بتقيته المال ويربح ثم احتسبا فانهما يحتسبان
براس المال يوم يحتسبان والربح بينهما لانا لو صرفنا الماخوذ
الى راس المال لانتقضت المضاربة وهما لم يقصدا ذلك
لان رب المال اخذه للنفقة لا لاسترداد راس المال والمضارب
دفعه على تلك الجهة فيصرف الماخوذ الى الربح ولا يكون
ما اخذ للنفقة من راس المال

باب
جحود المضارب مال المضاربة

عن ابي يوسف اذا جحد المضارب ثم اقر بالف مضاربة فهو
ضامن للمال لان مال المضاربة امانة في يده فيضمن هو
بالجحود كالمودع فان اشترى بها مع الجحود فهو مشتر لنفسه
لانه صار مضمونا عليه فصار كالغاصب وكذلك اذا
اشترى بعد الاقرار في القياس بهذا المعنى وفي الاستحسان
يكون على المضاربة لان عقد المضاربة وان ارتفع لكن
الامر بالشرا قائم فان الضمان لا ينافي الامر ولهذا اذا امر الغاصب
ببيع المغصوب فباعه يبرا من الضمان لانه لما اشترى فقد
امتثل الامر فيثبت المضاربة فانتفى الضمان ولذلك

لو كان مامورا بالشرا عبد بغير عينه فجحد ثم اشترى فالشرا
للآمر لانه يملك الشرا لنفسه بخلاف ما اذا كان مامورا
بشرا عبد بعينه فاشترى مع الجحود ثم اقر فالعبد للآمر
لانه لا يملك الشرا لنفسه فاستوت الحالة الجحود والاقرار
وعن ابي يوسف في المامور ببيع العبد اذا جحد وادعاه
لنفسه ثم اقر فباع فالبيع جايز ويبرى من الضمان وكذلك
المامور بالهبة والاعتاق وكذلك لو باع العبد او اعتقه ثم
اقر بعد البيع لزم الامر لان المامور بالبيع والهبة والاعتاق
لا يملك مباشرة ذلك التصرف لنفسه وعن محمد في المضارب
اذا قال هذه الالف راس مال وهذه الخمسمائة ربح فسكت ثم
قال علي دين لفلان قبل وقال الحسن ان وصل قبل وان فصل
لم يقبل قال وهذا قياس قول ابي حنيفة لانه لما سكت عن
ذلك الكلام فقد تم واستقر فلا يملك الرجوع بعد الان المال
لا يكون ربحا مع كونه مشغولا بالدين اللهم اذا وصل لانه وصله
قبل استقرار الكلام الا وقد صار استثنا ولنا في العرف يسمى المال
ربحا مع الدين ولو قال المضارب ربحت الفا ثم قال لم اربح
الخمس مائة ضمن الخمسمائة التي جحدها ولا ضمان في باقي المال
لانه مناقض في حق الخمس مائة فيضمن قياسا واستحسانا لان
في العرف لا يقال ربحت ولم اربح ولو قال المضارب لرب المال
دفعت اليك راس المال والذي في يدي ربح ثم قال لم ادفع اليه
فهلك فهو ضامن لان بكلامه الثاني اقر انه جحد بالاول
غاصبا فلا ينفعه دعوى الهلاك لانه صار مضمونا
ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت الثلث

النصف ثم هلك المال ضمن السدس دون ما سواه لانه جاحد
قدر السدس لان القول في الشرط قول رب المال لانه يستفاد
من جهته

باب مضاربة الحربي والمرتد

اذا تصرف المضارب بعد
ردة رب المال فهو موقوف في قول ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام
والبطلان بالموت او القتل لانه يتصرف لرب المال باذنه فأخذ
تصرفه حكم تصرف رب المال وتصرف رب المال بعد الردة موقوف
عنده خلافا لهما فكذا هذا ولو كان المال عينا غير الدراهم و
الدنانير جاز بيع المضارب وشراه بعد موت رب المال حتى
يحصل راس المال لان ارتداده بعد الدفع لا يربي على موته
حال اسلامه فلو حجر في هذه الحالة لا يصح فبارتداده اولى
ان لا يصح ولو كان في يده دنانير وراس المال دراهم فالقياس
ان لا يجوز تصرفه لانهما جنس واحد ولهذا ينعقد النقد وكمله على
الدراهم من احدهما والدنانير من الاخر وفي الاستحسان يجوز اذا
باعها بجنس راس المال لان الواجب ههنا رد عين الدراهم
ولهذا اذا امتنع رب المال من قبض الدنانير مكان الدراهم له
ذلك واما على قول ابي يوسف ومحمد فهو والمسلم سواء لان تصرفات
المرتد عندهما صحيحة ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة
على حالها في قولهم لان الردة لا تؤثر على حقيقة الرق وحقيقته
لا تمنع صحة المضاربة حتى انه لو دفع الى عبد يعمل له صح
ولا عهدة عليه وانما العهدة على رب المال اذا مات او
قتل على قول ابي حنيفة وعندهما العهدة عليه ولو مات المضارب
او قتل او لحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان لحاقه بمنزلة موته

وبالموت ينعزل فكذا به فان لحق وباع واشترى فله جميع ما
اشترى وباع في دار الحرب ولا ضمان عليه لانه حربي استولى
على مال مسلم واحرزه بدار الحرب فملكه واما ارتداد المرأة
وعدم ارتدادها سواء في قولهم سواء كان المال لها او كانت
مضاربة والمضاربة صحيحة على حالها حتى تموت او تلحق لانها
لا تقتل الا انها باللحاق تلحق بالاموات ولو دفع الى حربي
مستامن مالا مضاربة فجاء الى دار الحرب باذن رب المال
وعمل فيه جاز على المضاربة والربح بينهما على الشرط اذا رجع
الى دار الاسلام استحسانا لانه لما خرج باذن رب المال
كانت يده يد نيابة فيبقى على ملك رب المال فصار كما لو دخل
رب المال معه ولو دخل المسلم دار الحرب فدفع اليه حربي مالا
مضاربة بربح مائة درهم فهو جائز في قول ابي حنيفة ومحمد
وله ما شرط من الربح فان لم يربح الا مائة فهي له وان كان اقل
من مائة فذلك كله له ولا شيء لرب المال لانه ما شرط له الا ما بقي
من الربح قال ابو يوسف المضاربة فاسدة وله اجر المثل
بناء على اختلافهم في البياعات الفاسدة اذا باشرها المسلم
مع الحربي في دار الحرب يصح عندهما خلافا له كذا هنا والله اعلم

باب الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا

اذا دفع الى رجل الفا وقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة
بالنصف فهو جائز وما ربح فيه فنصفه للمضارب والنصف الاخر
بينهما على الشرط لان القرض وان كان تبرعا وانه لا يصح في
المشاع لكنه في ذاته تمليك ببدل وانه يصح في المشاع الا ان

الشرع اسقط اعتباره لكونه تمليكا ابتداء صورة فان لا يعتبر
صرفا فيشترط التقابض في المجلس والثانية صورة لا ينعقد
موضعهما وانما صار نصف الربح للمضارب لانه ملكه بالقرض
فصار ربحه له وربح النصف الاخر على الشرط لانه اخذه مضاربة (والوضيعة على رب المال)
ولا يجوز قسمة احدهما دون الاخر لانه اما افراز او تمليك وانه (والوضيعة عليه)
لا يتم باحدهما ولو دفع اليه الفا نصفها بضاعة ونصفها قرض
فهذا مكروه لانه قرض جر نفعا وهو العمل في البضاعة فان
عمل فربح او وضع فالربح والوضيعة بينهما لان الملك بينهما والربح
نماء الملك والوضيعة عبارة عن الجزء الهالك فيكون على قدر
الملك ولو قال نصفها مضاربة ونصفها هبة فقبض على ذلك
فالهبة فاسدة لان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فاسدة
فان هلك المال فهو ضامن للهبة لانه لما بطل جهة التبرع
بقي كونه تمليكا والتمليك لا بجهة التبرع لا يكون الا ببدل ط
فاقتضى ذلك ثبوته كما لو باع وسكت عن الثمن وان عمل في المال
فربح فالنصف له لان نصف المال له بحكم الهبة ولو قال
نصفها بضاعة ونصفها مضاربة فهو جائز على ما سمى لان
البضاعة لا تنافي المضاربة لان كل واحد منهما امانة فنصف
الربح لرب المال والنصف على الشرط لان النصف بضاعة و
النصف مضاربة والوضيعة على رب المال في الكل اما في حصة
البضاعة فلا اشكال لانه يعمل له وفي حصة المضاربة كذلك لان
مقتضى المضاربة الشرعية في الربح دون الوضيعة ولو سمى نصفها
وديعة ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز لان الوديعة امانة (وديعة ونصفها)
كالمضاربة فلا يتنافيان لكنه لا يملك ان يعمل في المضاربة الا (كالمضاربة)

بالقسمة ولا يملك القسمة بدون اذن رب المال فان قسم بغير
اذنه وتصرف في النصف على المضاربة وربح فنصف الربح للمضارب
لانه صار غاصبا في النصف لانه غير ماذون له في التصرف
فيه فيكون ربح المغصوب له وربح النصف الثاني بينهما على الشرط
والوضيعة عليهما نصفين ولو جاء بمتاع فباع نصفه منه وامره
ان يبيع النصف الباقي ويعمل في الثمن كله بالنصف فعمل
فربح او وضع فالربح بينهما نصفان والوضيعة عليهما على قياس
قول ابي حنيفة واما على قولهما فيعتقد ان ما ربح في ثمن النصف
الذي امره ببيعه فهو بينهما وما ربح في النصف الذي كان
عليه من الدين فهو لرب المال لان الاصل في هذا ان المضاربة
لا تصح بدين على المضارب ويكون المضارب مشتريا بالنفسه
اذا اشترى عند ابي حنيفة وعندهما يكون مشتريا بالامر
فيكون ربح ما اشترى بالدين الذي عليه للمضارب عند
ابي حنيفة لان الشراء وقع له وعندهما ربح ما اشترى بالدين
كله لرب المال لان الشراء وقع له والمضاربة لم تصح فيه ولو شرط
الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسألة على حالها
فعند ابي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط النصف من
نصيبه والسدس من نصيب الدافع لان الزائد على النصف
ملك رب المال فيستحق للمضارب بازاء عمله فيه واما عندهما
فقد جمع بين مضاربة صحيحة وفاسدة فما كان من الصحيح
فبينهما على الشرط وما كان من الفاسد فلرب المال ولو كان
شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان (نصفان)
عند ابي حنيفة وعندهما نصف الربح لرب المال وللمضارب ثلث

ثلث

ربح النصف الاخر لان الزيادة المشروطة لرب المال لا يقابلها
عمل منه ولا مال فلا يستحقها ولو دفع اليه الفا على انهما شريكان
في الربح ولم يبين قدره جاز والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضي
المساواة ولو قال على ان للمضارب شركا فالشرك والشركة
واحد في قول ابي يوسف وهو بينهما نصفان وعند محمد المضاربة
فاسدة لان الشرك عبارة عن النصيب لقوله تعالى ام لهم
شرك في السموات وانه مجهول وجهالته تفسد العقد ولو دفع
المريض مالا مضاربة وشرط للمضارب نصف الربح او اكثر
جاز لان ذلك تحصيل مال لا تفويت شيء منه ولو اشترى المضارب
عبدا به عيب علمه رب المال دون المضارب فللمضارب رده
لان علمه بالعيب ليس برضا منه ولو علم المضارب به لم
يرده لان شراءه مع العلم به دليل الرضا بالعيب وكذا اذا
امر رب المال المضارب ان يشتري بالالف عبدا بعينه ثم يبيعه
فاشتراه ولم يره فليس له ان يرده بخيار رؤية ولا عيب لان
امره بشراء عبد بعينه مع العلم بعيبه دليل الرضا بالعيب فلم
يكن للمضارب ان يرده بعيب ولا خيار رؤية ولو باع رب
المال مال المضاربة بمثل القيمة او اكثر جاز لانه باع ملكه
لنفسه ولم يتعد ضرره الى غيره وان باع باقل من قيمته بغبن
فاحش او يسير لم يجز بيعه الا ان يجيزه المضارب لان ضرره
ى الى المضارب وكذا اذا كان المضارب اثنين فباع احدهما
ت المال لم يجز الا بمثل القيمة او اكثر الا ان يجيزه المضارب
كذلك المريض اذا باع بغبن يسير وعليه دين لم يجز بخلاف
الوكيل المضارب اذا باع بغبن يسير حيث يجوز لانه يتصرف

يرد يتعدى
من رب المال
الآخر وكذلك
الوكيل والاب والمضارب

بالامر فيتقيد به في وسعه وليس في وسعه الاحتراز عن اليسير
ورب المال والمريض يتصرف بحكم الملك فلا يتقيد به في الوسع
لان له ان لا يتصرف وكذلك احد المضاربين لا ينفرد
بالتصرف ولو اشترى المضارب متاعا وفيه فضل او لا فاراد رب
المال بيعه وابى المضارب حتى يجد ربحا اجبر المضارب على
بيعه ويقال له ان اردت الحبس فرد عليه ماله وان كان
فيه فضل فادفع اليه راس ماله وحصته من الربح لانه ملك
رب المال فلا يمنع لان مراعاة الحقين بهذا يحصل ولو اخذ
الرجل لابنه الصغير الذي لا يعقل مالا مضاربة ليعمل هو
فالمضاربة للاب ولا شيء للابن لان شرط العمل عليه لا يصح
لعجزه فيفسد العقد على الاب بخلاف ما اذا كان الابن قادرا
حيث يقع المضاربة له والربح له لانه صح شرط العمل عليه
لانه قادر لانه وان عمل الاب بامر الابن فهو متطوع وان
عمل بغير اذنه فهو بمنزلة الغاصب لان الاب في هذا كالاجنبي
ولو اشترى المضارب جارية فليس لرب المال وطيها سواء كان
فيها ربح او لم يكن لانه تعلق بها حق المضارب فاشبه المكاتب
اذا اشترى الجارية لا يطاها ولو اشترى المضارب هذه الجارية
من رب المال لنفسه جاز وخرجت من المضاربة لانها خرجت
عن ملك رب المال والثمن مضمون على المضارب وانه ينافي المضاربة
لان المضاربة امانة ولو باعها من رب المال فالمضاربة بحالها
لان كونه مضمونا عليه لا ينافيها بدليل ان المضارب اذا
هلك في يده المال بعد الشراء يرجع على رب المال ويبقى المضاربة
ولو مات المضارب وعليه ديون ومال المضاربة في يد معروف

بحالها
اذا

فرب المال احق براس ماله وحصته من الربح لان مال المضاربه
امانة في يده فلا يتعلق به حق الغريم كالوديعه وان كان
لا يعرف الا بقوله فاقرانه مال المضاربة فان لم يكن عليه دين
جاز اقراره وان كان عليه دين الصحة لم يجز اقراره والغريم احق
بالمال لان حق الغريم تعلق به ظاهرا فلا يصدق في اقراره
فيما يرجع الي ابطاله وان كان عليه دين في المرض فان بدا بالمضاربه
فهو اولى لان حق رب المال تعلق بعينه فلم ينفذ اقراره في تعلق
حق الغريم به وان بدا بالدين ثم بالمضاربه تحاصا لان حق
الدين تعلق به ظاهرا فنفذ اقراره بالاستهلاك وانه اقرار
بالدين ولو اقر المضارب في مرضه انه ربح الفا ولم يوجد ذلك
فلا ضمان عليه لان موته مجهلا انما يقتضي سببا للضمان في
شي في يده والاقرار بالربح مطلقا لا يكون اقرارا بحصوله في يده
في يده ولو اقر ان الربح وصل اليه ثم مات ولم يبين فهو مضمون
عليه لانه مات مجهلا الامانة في يده ولو اشترى المضارب
دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى فله ان ياخذ بالشفعة
لان المضارب وكيل بالشرا والوكيل بالشرا اذا اشترى
دارا فالموكل ان ياخذ بالشفعة ولان الشرا وان وقع له
في الحكم فانه مال ثالث ولهذا ليس له ان ينتزعه من يده
ولو باع المضارب دارا من المضاربه ورب المال شفيعها فلا
شفعة له سوا كان في الدار ربح او لم يكن لان المضارب
وكيله في البيع ولو باع الوكيل ليس للموكل ان ياخذها
بالشفعة ولو باع رب المال دارا لنفسه بجنب دار المضاربة
وفي يدي المضارب وفا بالدين لم تجب الشفعة لان المضارب

لو اخذه اخذه لرب المال وان لم يكن في دار المضاربه ربح فلا
شفعة له لما بينا وان كان فيها ربح فللمضارب ان ياخذ لنفسه
لان للمضارب فيها نصيب فصار شفيعا للدار المبيعة ولو
ان اجنبيا اشترى دارا الى جنب دار المضاربة فان كان
في يده وفا بالثمن فله ان ياخذ بالمضاربة وان سلم بطلت لان
له حق الاخذ فيصح تسليمه وان لم يكن في يده وفا فان كان
في الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب لان لهما فيه ملك
فكانا شفيعين وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة
لرب المال خاصه لان الملك في الدار له دون المضارب وقال
ابو يوسف وقال ابو يوسف اذا استاجر اجيرا كل شهر بعشرة
دراهم ليبيع له ويشتري ثم دفع الى الاجير دراهم مضاربه
فالمضاربه فاسدة والربح لرب المال ولا شي للاجير سوى
الاجر لان منافعه صارت مملوكه للمستاجر والعمل لا
يتحقق بدون المنفعة والاجارة لا تنتقض بالمضاربه لانها
اقوى وقال محمد المضاربه جايزه ولا شي للاجير في الوقت
الذي يعمل في المضاربه لانهما اتفقا على ترك الاجارة في المدة
التي يعمل في المضاربه ومن عمل في رحله دفع مالا مضاربه
وقال ان اشتريت به الحنطة فلك نصف الربح وان اشتريت
الدقيق فلك ثلثه فهذا جايز لانهما عملان مختلفان فصار
كالخياطة الرومية مع الفارسية ولو قال له ان عملت
في المصر فلك الثلث وان سافرت فلك النصف فاشترى
في المصر وباع في السفر فالمضاربه على الشرا لان العمل يحصل
بالشرا والبيع انما له فاخذ حكمه حتى انه لو اشترى في

المصرف له ما شرط في المصر سوا باعه في المصر او غيره ولو اشترى
بعض المال في الحضر وبعضه في السفر فربح كل واحد منهما
على ما شرط والله اعلم بالصواب

باب الصرف

الصرف اسم لبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب او احد
الجنسين بصاحبه منفردا كان او مجموعا مع غيره سمي به
لان كل واحد من المتعاقدين يصرف نقده الى الاخر
ويحتمل ان يكون ماخوذا من الزيادة قال عليه السلام من
انتمى الى غير مواليه لم يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالعدل
الفريضة والصرف النافلة وقال ابن عباس انما الصرف في النسيئة
اي الربوا ومعنى قوله او مجموعا مع غيره بيع ذهب وثوب
بذهب فهو صرف في قدر الذهب بيع في قدر الثوب وهو
مخصوص من ساير البياعات بثلثة معان ان لا يفترقا
الا عن تقابض ولا يكون فيه خيار شرط ولا اجل فان
افترقا من غير تقابض او شرط الخيار او الاجل فيه
فسد البيع ثم لا يصح بعد ذلك ابدا وحاصل الثلثة راجع
الى واحد وهو التعيين فان تعيين العوضين شرط صحة
الصرف والتعيين في الاثمان عندنا لا يتحقق الا بالقبض
فشرط القبض لكونه معينا لا لذاته وقيدناه بالمجلس
لان الموجود في اخر المجلس كالموجود مقارنا للعقد لان
المجلس جامع وشرط الخيار استثنا لحكم العقد فلا
ينعقد العقد في حق حكمه فلا يثبت الملك فلا يوجد
التعيين وكذا الاجل يمنع استحقاق القبض فلا
يوجد التعيين لان التعيين انما يقع بقبض مستحق

في محل مملوك لان تمامه بذلك فاذا لم يوجد احد من هذه الاشيا
لم يوجد التعيين الذي هو شرط لجواز العقد فيفسد العقد
ولو شرطا الاجل ثم تقابضا قبل الافتراق كان الافتراق اسقاطا
للاجل ويصح العقد بوجود القبض المعين في المجلس ولو شرطا
الخيار ثم ابطلا الخيار قبل الافتراق او ابطله الذي له الخيار
يصح البيع استحسانا وقال زفر لا يجوز لان باشتراط الخيار فسد
العقد ولا ينقلب جائزا كما لو اسقطاه بعد الافتراق ولنا
ان فساده موقوف على عدم التعيين في المجلس فاذا اسقطاه
في المجلس صير القبض معينا فيظهر ان العقد وجد بشرطه
لان الخيار والاجل يفسدان بواسطة تفويت التعيين لا لذاتهما
لما بينا بخلاف ما اذا اسقطاه بعد الافتراق لان الشرط التعيين
في المجلس ولم يوجد لان الموجود في المجلس يقارن العقد حكما
بخلاف الموجود بعده فانه لا يقارنه حقيقة ولا حكما وكذلك
التقابض بعد الافتراق لا ينفع لما بينا ولو كان فيه اجل فاسقط
صاحب الاجل قبل التفرق جاز استحسانا وهو احدى الروايتين
عن ابي يوسف وعن ابي يوسف انه لا يجوز باسقاط حتى
يرضى به صاحبه لان باسقاطه يصير العقد لازما فيشترط
رضى الاخر كابتداء العقد لان فيه الزام حكم على صاحبه
او تصرفه في عقد هو حقهما بالتعيين لكن هذا ينتقض بالخيار
لان الخيار لا يتوقف سقوطه على رضا صاحبه عند ابي
يوسف والفرق بينهما هو ان الاجل لا يمنع تمام الملك في البيع
والصرف نوع بيع فلو منع الملك هاهنا لكان مخالفا لساير
البياعات وخيار الشرط يمنع الملك وهذا يتوقف سقوطه على

رضا صاحبه في سائر البياعات ولنا ان الاجل حقهما فهو باسقاط
تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وقال ابو يوسف
لو اسلم دراهم في طعام ولم يضرب له اجلا ثم جعل صاحب المسلم
له اجلا معلوما قبل ان يتفرقا [illegible] ان قبل المسلم اليه وكون
الدراهم قائمه بعينها ويجوز ان يكون هذا قولهم لما على اصل
ابي يوسف فظاهر ان التاجيل في السلم كاسقاط الاجل
في الصرف واسقاط الاجل في الصرف عنده يتوقف على الرضا
فكذا التاجيل في السلم وابو حنيفه ومحمد يحتاجان الى الفرق
بينهما ووجهه وهو ان المسلم فيه يختلف باختلاف الاجل فكان
التاجيل متعديا الى صاحبه بضرر او نفع وهو ربما لا يرضى بهذا
القدر من الاجل فيتوقف على رضاه بخلاف اسقاط الاجل
في الصرف ولو شرط النسا في احد البدلين ثم نقد البعض دون
البعض فسد البيع في الكل عند ابي حنيفه وعندهما يصح
بقدر ما قبض ويفسد بقدر ما لم يقبض بناء على ان العقد اذا كان
صفقه واحده وفسد في البعض فسد في الكل عنده وعندهما
يتقدر بقدره فيفسد ولو قبض الدراهم وهي مستحقه فالقبض
صحيح واذا اجازه المالك نفذ لان الاستحقاق لا يمنع صحه
القبض لما مر

باب التفرق

واذا افترق المتعاقدان بابدانهما عن مجلسهما واخذ كل واحد
منهما في جهه او ذهب احدهما وبقي الاخر فقد وقع التفرق سوا
كان البيع دينا بدين او عينا بعين كالحلي والاواني والقلب لما
روي انه قال كنت ابيع الذهب بالفضه والفضه
ر عن ابن عمر
بالذهب فقال لي رسول الله صلى الله عليه اذا بعت فلا تفارقه

وبينكما لبس وعن علي كرم الله وجهه لا باس اذا افترقا وليس بينهما
عمل والفقه ما بينا ان تعيين العوضين شرط اما تعيين احدهما
لكيلا يقع دينا عن دين لان المبيع اذا كان دينا فقد باع
ما ليس عنده وقد نهي عن ذلك فيشترط تعيين المبيع منهما لهذا
ولنهي النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي ويشترط تعيين الاخر
احترازا عن ربوا النسا لان احد وصفي علة ربوا النقد جمعهما
وانه يحرم النسا ويشترط التقابض لتعيين البدلين لما بينا
هذا اذا كان لا يتعين بالتعيين اما ما يتعين بالتعيين
كالقلب والاواني المصوغه من الذهب والفضه انما
شرط التقابض فيهما وان كان التعيين يحصل بدونه لان عقد
الصرف يباشره العوام والمميز بين ما يتعين وبين ما لا
يتعين امر يخفى على الفقها فكان في تكليف العوام فيه حرج
فاقمنا عقد الصرف مقام ما لا يتعين بالتعيين واما الحنطه
اذا بيعت بعضها ببعض عينا بعين لم يعتبر التقابض عندنا
خلافا للشافعي لما بينا ان التقابض ما شرط لعينه وانما
شرط للتعيين والتعيين بدون القبض هاهنا متحقق واذا
كان المعقود دينا بدين فالعقد فاسد تقابضا او لم يتقابضا
لان احدهما مبيع وتعيينه شرط لجواز العقد لما بينا ولم يوجد
وان كان احدهما عينا والاخر دينا فان كان الذي وقع عليه
لفظ البيع هو المعين جاز اذا قبض الاخر في المجلس لان المبيع
صنط
منهما عين وانما شرط قبض الثمن في المجلس لان احد
علتي ربوا النقد جمعهما وهو الكيل فان تفرقا قبل القبض بطل
وان كان الذي وقع عليه لفظ البيع هو الدين لم يجز وان تقابضا

لم يجز وان تقابضا

لان المبيع منهما دين وتعيينه شرط ولم يوجد فان قاما
عن مجلس الصرف فذهبا معا في جهة واحدة وطريق واحد
يمشيان فلم يزالا مفترقين وكذلك ان طال قعودهما او ناما
فيه او اغمي عليهما لان المعتبر الافتراق بالابدان لقوله
عليه السلام اذا استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره فان وثب
من السطح فتبعه والافتراق بالابدان لم يوجد وليس هذا
كخيار المخيرة فان المعتبر فيه الاعراض وهذه الاعمال دليل
الاعراض فيبطل خيارها وعن محمد انه يبطل كما يبطل خيار
المخيرة اعتبارا له وجوابنا ما بينا وروى عن محمد اذا كان لاحدهما جوابه
على صاحبه الف وللاخر عليه دنانير فارسل رسولا فقال بعت
الدنانير التي عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو
باطل يدا بيد اذا تبايعا ابتداء على هذا الوجه لم يجز لان الافتراق
بالابدان متحقق واجتماع الرسول معه غير معتبر لان الحقوق
لا تتعلق به وكذلك نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او اذا
نادى من بعيد لم يجز شيء من ذلك واما في البيع اذا ارسل
رسولا فقال بعتك العبد الذي في مكان كذا بكذا فقبل ذلك
الرجل فالبيع جائز لان قبض الثمن في المجلس ليس بشرط
في العين والعقد ينعقد بعبارة الرسول لانه ينقل عبارة المرسل
وعن محمد في رجل قال اشهدوا اني اشتريت من ابني الصغير
هذه الدنانير بعشرة دراهم ثم قام قبل ان يزن العشرة فهو باطل
لانه امكنه ان يزن في المجلس ولم يزن ولا يمكن اعتبار
افتراق الابدان ههنا لان الاب قائم مقام ابنه فيعتبر افتراقه من المجلس
افتراقه من المجلس بدون القبض ولو احتال احد المتصارفين

بمال على رجل حاضر او اخذ به كفيلا او رهنا جاز عندنا خلافا
لزفر لان الحوالة تنقل فيفوت القبض الذي هو شرط العقد
ولنا ان الحوالة لاستيفاء وانه يلائم العقد والقبض في المجلس
لا يفوت بذلك فان قبض من المحتال عليه او تكفل قبل الافتراق
او هلك الرهن في يد المرتهن قبل الافتراق تم الصرف فيهما
لوجود القبض المعين في المجلس ويعتبر قيام مجلس المتعاقدين
دون غيرهما من المحتال عليه والكفيل وكذلك اذا امر كل واحد
منهما رجلا ان ينقد عنه اعتبر قيام مجلس المتعاقدين دون
المامور لان ذلك من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد دون غيره

باب

خيار الرؤية والرد بالعيب والاستحقاق في الصرف
اذا وجد احد المتصارفين الدراهم المقبوضة زيوفا او
كاسدة او رائجة في بعض التجارات دون البعض وذلك
عيب عندهم فله الرد لان مطلق العقد يقتضي السلامة من
العيب فان اطلع على عيب رده والكلام في صحة الاستبدال
في مجلس الرد قد مر في السلم واذا كان بدل الدراهم دينارا ثم
ينتقض بعض الدراهم انتقض الصرف بقدره وكان شريكا في
الدينار الذي دفع [illegible] عيسى بن ابان وكان ينبغي ان لا يكون
شريكا فيه لانه لا يتعين في العقد فلا يتعين في الرد ولهذا
اذا رد المشتري المبيع بعيب لقفصا لم يكن له ان يسترد عين
الدراهم المدفوعة اجاب عنه بعض اصحابنا وقال بالتعيين
تتعين فاذا انتقض العقد في بعضه بقي مجرد قبض مضمون
فاشبه الغصب والدينار المغصوب يتعين في الرد فكذا

هذا قال القاضي ابو عاصم يصير شريكا في دينار صحيح مثله
لا عينه لان النصف المكسر دون النصف الذي في الصحيح
ولا تجوز بالزيوف او المعيب جاز الصرف لانه اسقط حقه
في الجودة ولو وجد بعضها ستوقا او رصاصا فان كان في
المجلس استبدل لان ذلك ليس من جنس حقه فلم يوجد القبض
المستحق فاذا استبدل في المجلس فقد وجد القبض الذي
هو شرط العقد فجاز وان كان بعد الافتراق بطل بقدر ذلك
قليلا كان او كثيرا لان القبض لم يوجد في المجلس بقدره
وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية اذا كان الكل نوعا
واحدا وكذلك سائر الديون لانه لا يتعين بالتعيين فلم يكن
في اثبات خيار الرؤية فيه فائدة لان فائدته الانتقاض بالرد
وان كان شيئا بعينه انا او تبرا او مصوغا فله ان يرد بالعيب
وخيار الرؤية لانه يتعين بالتعيين وكان في اثباته فائدة
ويبطل بالاستحقاق اذا لم يجز المستحق ولو استحق بعضه
وهو بعينه قبل القبض او بعده فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ
ما بقي بحصته وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه هذا اذا لم
يجز فان اجاز ولم يحكم في المستحق حتى لجاز البيع جاز لانه
كان موقوفا على اجازته اللاحقة كالاذن السابق وكان
الثمن فيما اجاز للمستحق ياخذه البائع ويدفع اليه لانه لما اجاز
صار بائعا برضاه فتتعلق الحقوق به وعن ابي يوسف ان المستحق
اذا قال عند الخصومة انا اقيم البينة لا اجيز العقد فحكم له
جاز باجازته وان لم يقل ذلك لم يجز باجازته لان الاستحقاق
قد يكون للاجازة وقد يكون للنقض وما لم يقل عند الخصومة

الاجازة دون صح

ذلك لا يتعين جهة الاجازة والله اعلم واحكم بالصواب

باب

التصرف في ثمن الصرف قبل القبض

اذا ابرأ احد المتصارفين صاحبه او وهبه او تصدق به عليه
فان قبل الذي عليه الدين انتقض الصرف وان لم يقبل بقي العقد
على حاله لان الهبة والصدقة بالدين ابراء والابراء فسخ للعقد
بواسطة فوات القبض المعين والفسخ لا يتم باحد المتعاقدين
ولو اشترى به شيئا او قبض عنه شيئا من غير جنس الثمن فالبيع
جائز فاسد وثمن الصرف على حاله يقبضه ويتم العقد وقال زفر
البيع الثاني جائز لان الدراهم لا يتعين في احد الروايتين
عنه فيتعين الاضافة الى الدين لبيان قدره ونوعه ووصفه
فكانه قال اشتريت منك بمثل الدين قدرا ونوعا ووصفا
ولنا ان لم يتعين في العقد يتعين في التسليم فيؤدي الى
تفويت القبض المعين ولو وهبه له فلم يقبله واتى الواهب ان
يقبض ما وهب اجبر على القبض وتفسيره اذا وضع عنده بحيث
يتمكن من القبض انزل قابضا لان التسليم واجب عليه فيتقيد
بما في وسعه وليس في وسعه الا هذا القدر واذا جعل ثمن
الصرف قصاصا بدين كان وجب قبله من ثمن متاع او قرض جاز
استحسانا وقال زفر لا يجوز لان الاصل عنده ان العقد اذا
انعقد على وصف لا يقبل التغيير وعندنا يقبل اذا كان
قابلا للفسخ وجعلهما قصاصا عبارة عن العقد عن كونه موجبا
حقيقيا معينا الى كونه منعقدا موجبا قبضا حكميا
يقبل ذلك عندنا خلافا لزفر ويقول لما جعلاه قص [illegible]

فقصاصا لانفسخ الاضافة الاولى وجعله مضافا الى الدين
الواجب قبله فثبت الانفساخ والاضافة مقتضاه سابقا عليه
تصحيحا لتصرفهما فانه لو صرح بالاضافة اليه بان قال يجعل
هذا الدينار بالدين الذي علي يجوز ويصح قصاصا وعند
زفر المقتضي لا يصح فكان الخلاف في هذه المسئلة بناء على الخلاف
في المقتضي ولو جعلاه قصاصا بدين واجب بعقد متاخر
عن الصرف لم يجز لان التعيين بالحاق به والدين لم يكن واجبا
عند العقد فتعذر جعله ثمن العقد ورد على ذلك الحاق
به وعن ابي يوسف في رواية انه يصير قصاصا وذكر في شرح
الجامع الصغير انه الاصح لانه لما جعلاه قصاصا ثبت انفساخ
الاول واضافته الى الدين مقتضى تصحيحه لما ذكرنا في
الفصل الاول ولو وجب عليه دين بقبض مضمون بعد عقد
الصرف بان غصب منه مثل بدل الصرف او اقرضه اياه صار
قصاصا وان لم يتقاصا لان ما هو موجب الصرف وهو القبض
الحقيقي المعين قد وجد لان قبض القرض والغصب من جنس
ذلك وان كان احدهما افضل فاراد الذي له الفضل ان يجعله
قصاصا بالادون جاز وان ابى الاخر لانه تبرع عليه باسقاط
حقه في الزيادة من حيث الجودة فلا يتوقف على قبوله
كمن قضى الوسط بالجيد يجبر الاخر على قبوله ه ه ه

باب الصرف

مجازفة م لا يجوز بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة
الا مثلا بمثل تبرا كان او مصوغا او مضروبا لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا الحديث واسم

الرابع

الذهب يتناول المصوغ وغيره ولو بيع شيء من ذلك بجنسه
ولم يعرف وزنهما او عرفا وزن احدهما دون الاخر او عرف
احدهما دون الاخر ثم تفرقا ثم وزنا فوجدا استويا بالبيع فاسد
وقال زفر يصح لان الوزن تحقق المماثلة التي شرط البيع وقد
ظهر انها كانت متحققة لدى العقد بالوزن بعد الافتراق ولنا
شرط جواز العقد التسوية بين البدلين في المعيار الشرعي
في مجلس العقد وانها فعل العبد ولم يوجد لدى العقد لا حقيقة ولا
حكما وان بيع ذهب بفضة مجازفة جاز لان عند اختلاف
الجنس لا يجري ربوا الفضل فلا تجب التسوية بينهما شرطا
له لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم
بعد ان كان يدا بيد ولا تصح القسمة مجازفة فيما يثبت فيه
الربوا في البيع لان في القسمة معنى البيع فما لا يجوز بيعه مجازفة
لا يجوز قسمته وان وقعت في جنسين جازت لان عند
اختلاف الجنسين لا يجري ربوا الفضل وان باع قلب فضة
لا يعلم وزنه بدراهم فالبيع باطل وقال زفر جائز لان الصياغة
صارت قابلة للتعيين ولنا عدم تعيينه بالتعيين لكونه ثمنا
وبالصياغة ما خرج عن كونه ثمنا واذا بيعت الفضة السوداء او
الحمراء بالبيضاء لم يجز الا مثلا بمثل لانهما جنس واحد الا ان احدهما
ردي فتعتبر فيهما المماثلة لقوله عليه السلام جيدها ورديها
سواء وكذلك اذا كان فيها غش من نحاس او رصاص والغالب
هي الفضة فهي فضة في الحكم لا يصح الا بتساويها خالصة الفضة اوله
لان المغلوب في مقابلة الغالب عدم في الحكم وكذلك النحاس
يخالط فيه الفضة فلا يتغير عن طبيعة النحاس فهي نحاس

لا يباع بالنحاس الا مثلا بمثل وكذلك الدراهم البخارية اذا كان
الغالب عليها النحاس فهي بمنزلة الفلوس وما يجعل فيها من
الفضة فهو لتزيين النحاس فاخذ حكمه وما يجعل من النحاس
في الفضة تبع للفضة فياخذ حكمه واذا كانت الفضة تتخلص
تخلص وتتميز وتبقى النحاس على حاله لم يجز الشرا بالفضة حتى
تكون الفضة الصافية اكثر لانه اذا تخلص تخلصت منه الفضة
فهو شي اخر جاور الفضة فيعتبر كل واحد منهما على حدة
وصار كانه باع فضة وشيا اخر بفضة وان كان لا يتخلص
الا بتضرر فهما كشي واحد وان كانت الفضة تتخلص من
النحاس والنحاس يحترق فهي فضة تعتبر المماثلة لان الحكم يحترق
للغالب وبيع النبهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز الا مثلا
بمثل لانهما من جنس الجياد والستوق ما كان النحاس و
الصفر غالبا عليه فاذا باعه بالجياد لم يجز الا على طريقة
الاعتبار وهو ان تكون الجياد اكثر من الفضة التي في
الستوق هذا اذا كانت الفضة تتخلص وتتميز لما بينا وقال
في الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها صفرا وثلثها فضة و لا
يقدر ان تخلص الفضة والصفر ولا يدري اذا خلصت الفضة
ايبقى الصفر او يحترق فلا باس بان تباع بمثل وزنها او باكثر
من وزنها ويكون ما فيها من الفضة كالمستهلك فاخذت
حكم الصفر فصارت كالفلوس وان بيعت بفضة اقل مما فيه
من الفضة او بمثلها فلا خير فيه لانه اذا كان اقل فيبقى
فضل فضة وصفر فانه ربوا وان كان مثلها يبقى زيادة فضل
لا يقابلها شي فيكون ربوا وان لم يدر مقدار ما فيها من الفضة

فالبيع فاسد حتى يعلم في المجلس خلافا لزفر والمسئلة قد مرت
وان كان ثلثاها فضة وثلثها صفرا فبيعت بالبيضا
فلا بد من ان يعلم بينهما لان الغالب الفضة وان كان نصفها
فضة ونصفها صفرا فبيعت بالفضة البيضا فلا بد من ان
تكون الفضة البيضا اكثر مما فيها لانهما اذا كانا سوا اعتبر
كل واحد على حدة لعدم الغلبة والدراهم اذا كان اكثرها
فضة لم يجز استقراضها الا وزنا ولا يجوز بيعها عددا لان الفضة
هي الغالبة فكانت فضة في الحكم والمعتبر في الفضة المماثلة
في الوزن شرعا وان كان الصفر غالبا فتبايعوا بها عددا
بغير وزن وليس اصلها عندهم الوزن فلا باس وهي بمنزلة
الفلوس لان الوزن في الصفر ما ثبت شرعا وانما ثبت اصطلاحا
فيبطل بالاصطلاح وان كان اصلها الوزن فتبايعوا عددا فلا
خير فيه لان كونه وزنيا ثبت بالاصطلاح فما لم يصطلحوا على
نقله بقي وزنيا او ان يقول اشتري بهذه الدراهم باعيانها لانه
اذا اشار فقد اصطلحا على ابطال الوزن وان كانت
الدراهم نصفها فضة ونصفها صفرا لم يجز الشرا والبيع بها الا
وزنا لانه اذا لم يغلب احدهما الاخر اعتبر كل واحد منهما فلا
يسقط حكم الوزن في الفضة ٥

باب

بيع الاناء والسيوف المحلاة ٥ اذا باع قلب فضة على انه مائة
درهم فوزنوه قبل الافتراق فوجدوه اكثر فالمشتري بالخيار
ان شا زاد في الدراهم فاخذ مثل وزنه وان شا ترك وانما
كان الخيار للمشتري دون البايع لان البايع رضي بالاقل
فبالاكثر اولى واما المشتري رضي بمائة فلا بد على رضاه

بالكثر منه يتخير وان كان ناقصًا فلذلك وقال زفر والحسن
البيع باطل لان شرط صحته المماثلة لذا العقد ولم توجد ولنا
الوزن فيه وان كان اصلا الا انه تجري مجرى الوصف من حيث
انه وصف العقد ومن حيث انه اصل اعتبار المماثلة في المجلس
ولو افترقا فوجد وهو مائة وخمسين فهو بالخيار ان شا اخذ
ثلثيه بمائة وان شا ترك لان في قدر الخمسين لا يمكن تصحيح
العقد لفوات شرطه وهو قبض بدله في المجلس فصار المبيع
مشتركا وانه عيب يتخير فيه المشتري وان كان
ناقصا فهو بالخيار على ما بينا لانه تغير عليه شرطه ولو كان
الثمن دنانير ووجد لها اكثر في الوزن ما شرط قبل التفرق
او بعده فهو كله له ولا خيار للبائع لان عند المقابلة بخلاف
الجنس لا يظهر ربوا النقد والزيادة في المصوغ جارية
مجرى الوصف ويتخير عند النقصان ان شا اخذ بكل
الثمن وان شا ترك في المشهور كما في الثوب اذا نقص
عن ذرعه وعن ابي يوسف يزيد اذا كان زائدا كما
اذا قابله بجنسه لانه لما اعتبر عند المقابلة بالجنس وجب
اعتباره عند المقابلة بخلاف الجنس لان حكم الوزن يتعلق
بالعين فلا يتغير ولو كان مكان الاناء نقرة فضة اشتراها
على انها عشرة بعشرة او دينار فوجدها زائدة قبل التفرق
او بعده وقد تقابضا فله منها عشرة ولا خيار لواحد منهما لان
القدرة في النقرة لا تجري مجرى الوصف لانه ليس في تبعيضها
ضرر واذا باع السيف المحلى بدراهم لم يجز حتى يكون وزن الدراهم
اكثر من الحلية ليكون ما زاد على الحلية في مقابلة السيف فان

لم يعلم حتى افترقا بطل وان علما في المجلس جاز وقال زفر البيع
جائز وان لم يعلما لان الاصل الجواز فلا يبطل بالشك قلنا
نعم لكن في البيع اجتمع شرائطه وفي وجود شرط جوازه هاهنا
احتمال وكذلك اذا اختلف اهل العلم به تقال بعضهم الثمن
اكثر وقال بعضهم بل هو مثله لما بينا واذا كانت الدراهم
اكثر فافترقا قبل التقابض فان كانت الحلية لا تخلص الا
بضرر انتقض في الكل لانهما صارا الشي واحدا وان كانت
تخلص بغير ضرر بطل في الحلية وجاز في السيف لانه بمنزلة
منفصل مجاور فبطلانه في احدهما لا يوجب بطلانه في
الاخر وان كانت الحلية ذهبا والثمن دراهم جاز البيع كيف
ما كان لان عند اختلاف الجنس لا يجري ربوا النقد
والحكم في التقابض على ما بينا ولو شرط تاجيل الثمن وهو
من جنس الحلية او من غير جنسها بطل البيع في السيف سوا
كانت الحلية تتميز بضرر او بغير ضرر وقال محمد ان كانت الحلية
تتميز بغير ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية خاصة لان
ربوا النسا تجري عند المقابلة بخلاف جنسه فيفسد العقد في
قدر الحلية ثم ينتقل في الكل عند ابي حنيفة لان عنده ان
كان البيع صفقة واحدة وفسد في البعض فسد في الكل
وهو قول ابي يوسف الاخر في رواية القدوري قاسه على قوله
على ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة بالف درهم نسا وعند
محمد يفسد بقدره وكذلك لو تفرقا ولاحدهما خيار الشرط وان
كان في البيع اجل فنقد المشتري حصة الحلية من الثمن
جاز استحسانا وان لم يبين ان المقبوض من حصة ما لا

صرفناه اليهما تصحيحا للعقد وكذلك لو قال هذا المنقود من
ثمنهما لان معناه من ثمن الكل فينصرف الى الحلية وكذلك
لو قال من ثمن السيف لان السيف اسم لهما بخلاف ما اذا
قال من ثمن النصل والجفن حيث يفسد البيع لان النصل
اسم للحديد خاصة والجفن اسم للغمد خاصة وفي صرفه
الى غيره ابطال كلامه

باب

المرابحة في الصرف والزيادة في ثمنه اذا اشترى دينارا
بعشرة دراهم فباعه بربح درهم جاز لانه لو باعه باحد عشر درهما
جاز فكذلك اذا باعه بربح درهم لانه يصير بمعناه ولو كان
اشتراه بدينار لم يجز بيعه مرابحة لان الربح زيادة وانه ربا
ولو اشترى ذهبا بفضة ثم قال بعته منك بربح قيراطين
من الذهب لم يجز في قول ابي يوسف وقال محمد يجوز لان
المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة فيصير كانه قال بعت منك
هذا الذهب بعشرة دراهم وقيراطين لانه يكون القيراطان بمثلهما
من الذهب ببعض العشرة والباقي من العشرة ربح فيؤدي الى
جعل الربح من راس المال وبعض راس المال ربحا وانه خلاف
ما تقتضيه المرابحة ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم و
حلية السيف خمسون فباعه مرابحة بربح درهم او ثوب بعينه فالبيع
باطل لانه جعل الدرهم ربحا للكل فينقسم على الجميع فتصيب
الحلية حصتها من الربح فيكون ربا فان قيل ينبغي ان يجعل
الدرهم ربحا في السيف ليصح العقد قلنا الاصل في بيع المرابحة
ان يجعل الثمن الاول اصلا فمتى جعلناه في مقابلة السيف لم
يكن عقد مرابحة في الكل بل يكون عقد مرابحة في البعض وتولية

في البعض وانه خلاف ما تقتضيه تصرفه ولو باع فضة بفضة
وتقابضا وتفرقا ثم زاد احدهما صاحبه شيئا او حط عنه وقبله
الاخر فالبيع فاسد في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يصح
العقد وتبطل الزيادة والحط وقال محمد الزيادة باطلة
والحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلة لان تصحيح الزيادة يصحح
العقد وفي تصحيحها هنا ابطاله لان الزيادة تلتحق باصل
العقد ولكن الحط فيظهر الربوا فلا يصح ولابي حنيفة
الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن فانه قد يقصد بتصرفه
الصحة وقد يقصد به الفساد فيجب تصحيح تصرفه سواء افضى
الى فساد تصرفه الاول او الى تصحيحه وقد مر هذا في كتاب
البيوع فيما اذا الحقا الشرط الفاسد بالبيع الصحيح ولو
باع دينارا بعشرة دراهم ثم زاد احدهما صاحبه وقبل الاخر
ان قبض الزيادة في المجلس جاز والا بطلت الزيادة وبطل
البيع في حصتها ويكون البيع في البعض صحيحا وفي البعض
فاسدا لان ربوا النقد لا يجري عند المقابلة بخلاف الجنس
فيلتحق الزيادة باصل العقد ويتوقف نفاذه على شرط جوازه
وهو القبض في المجلس فان لم يوجد بطلت حصتها كما لو
العقد ورد عليه مع الزيادة ابتداء وافترقا قبل قبض حصتها
بخلاف ما اذا حط من ثمن الدينار حيث يجوز سواء حط
قبل التفرق او بعده لان الحط اسقاط فلا يستدعي المقابلة
ولا قبض ما يقابله لانه لا يبقى بلا شيء وعن محمد اذا اشترى
سيفا محلى بدراهم وتقابضا ثم زاده دينارا او دفع اليه ثوبا
ان دفعه قبل او بعد ما افترقا جاز لان الزيادة تجعل في

الحق المرابحة فان الربح ثم ينقسم على الكل فلو صرفناه الى البعض
كان مرابحة في البعض وتولية في البعض وانه خلاف قضية
المرابحة

باب

بيع الموزون بجنسه ونحو لان جنس الاواني المتخذة من الحديد
والصفر تصير عددية بالتعامل ويجوز بيع بعضها ببعض كيف كان
بخلاف الاواني المصوغة من الذهب والفضة لان الوزن
في الحديد والصفر بالاصطلاح فيبطل بالاصطلاح وفي
الذهب والفضة ثبت شرعا فلا يبطل بالاصطلاح فلا بد من
اعتبار المماثلة في الوزن وما خرج عن حد الوزن بالصنعة كالتمويه
بالحديد والصفر الذي لا يخلص منه فذلك ساقط ويجوز
البيع كيف ما كان لانه بالتمويه صار مستهلكا فاخذ
حكم الحديد والصفر وكذلك الخواتيم الصغار الدنيا بوزنه
عددية كذا ذكره في الايضاح ولو باع عشرة دراهم
خمسة ودينار صح العقد وكانت الخمسة بازاء الخمسة والخمسة
الاخرى بازاء الدينار وكذلك لو قابل جنسين بجنسين كما ان
باع درهما ودينارين بدينار ودرهمين صح العقد ويصرف الجنس
الى خلاف الجنس وقال الشافعي البيع باطل لان المقابلة
مطلقة فقضيتها الانقسام على الاجزاء وعند ذلك يظهر
الربوا قلنا مسلم لكن قام دليل التقييد وهو قرينة حاله
لانه عاقل دين فالظاهر من حاله انه قصد به الصحة دون
الفساد والصحة في التقييد ولو باع مائة درهم ودينارا بالف
درهم فهو جائز ويجعل المائة بالمائة والدينار في مقابلة التسع
مائة وعن محمد اذا باع الدراهم بالدراهم وفي احدهما فضل من

حيث الوزن وفي الاخر الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز ولكني
اكرهه وقال ابو حنيفة لا باس به لان الزيادة بازاء الفلوس
ولا كراهة فيه وانما كرهه محمد لكيلا يؤدي الى وقوع
العوام في الربوا ولو اشترى ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة
فالثوب بالثوب والفضة بالفضة هذا اذا كانت الفضة مثلا
للفضة في الوزن لانه امكن التصحيح بمقابلة الجنس بالجنس
بخلاف ما اذا كان في احدهما فضل حيث يكون الفضل مع
الثوب بذلك الثوب لانه لا يمكن التصحيح بمقابلة الجنس
بالجنس لانه يظهر الزيادة فيكون ربوا فيصرف الزيادة الى
الثوب ويجعلان في مقابلة ثوب الاخر وان تفرقا قبل القبض
انتقض من ذلك حصة الصرف وجاز من الثوب بما يقابله
لان الفساد حصل بمعنى طارئ وهو الافتراق بدون القبض فلا
يتعدى الى غيره ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب
بحصته من الثوب والدرهم والثوب الاخر بحصته من الثوب
والدينار لان التصحيح على هذا الوجه ممكن والمقابلة تبيه ام
ولو افترقا قبل التقابض بطل حصة الذهب من الفضة وحصة
الفضة من الذهب ولزم في الباقي لان الفساد بمعنى طارئ
غير مقارن فيتقدر بقدره ولا يتعداه ولو اشترى سيفا محلى
بفضة بثوب وعشرة دراهم وقبض الثوب والعشرة ولم يقبض
السيف حتى افترقا انتقض البيع كله هذا اذا لم يتخلص الفضة
من السيف الا بضرر لانهما صارا كشيء واحد ولهذا لا يجوز بيع
حليته دون السيف لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر فكان
الفساد متمكنا فيه فيفسد الكل وسبيل الحديد بالحديد و

الصفر بالصفر وما يجري فيه الربوا بمنزلة الذهب والفضة الا
في وجوب التقابض لان الصفر والحديد يتعينان بالتعيين
بخلاف الذهب والفضة فاشترط القبض المعين فيهما دون الصفر
والحديد ۞ باب

الرد بالعيب ۞ اذا اشترى قلب فضة بذهب فوجد به عيبا
فله رده لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فان هلك
في يده او تعيب بعيب اخر لم يكن له ان يرده لانه تعذر رده
على الوجه الذي خرج من يده وله ان يرجع بنقصان العيب لان
الربوا لا يجري عند المقابلة بخلاف الجنس فصح الرجوع بالنقصان
بخلاف ما اذا اشتراه بفضة حيث لا يرجع لان الربوا يجري
عند المقابلة بالجنس فيمتنع الرجوع بنقصان العيب و
للبائع ان يقول انا اقبله كذلك لان امتناع الرد كان
نظرا له كيلا يلحقه الضرر فاذا رضي بالضرر لا يستحق النظر
ولو رده بقضاء ثم افترقا قبل القبض فالرد صحيح على حاله لان
الرد بقضاء فسخ في حق الكل والقبض ليس بشرط الفسخ بخلاف
ما اذا رده بغير قضاء حيث لا ينبغي ان يفترقا قبل التقابض لانه
فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث فيشترط
القبض ولو تقايلا العقد من غير عيب فلا بد من التقابض
قبل الافتراق لما بينا انه بيع جديد في حق الثالث ولو تقايلا
البيع ثم ان باعه البائع من المشتري قبل القبض او من غيره
لم يجز في قول ابي يوسف لان عنده الاقالة بيع وبيع المنقول
قبل القبض لا يجوز وعند محمد فسخ فينبغي ان يجوز وذكر في الجامع
الكبير اذا باعه من المشتري جاز وان باعه من غيره لم يجز لان

البيع انفسخ بالاقالة فبقي قبض مضمون كقبض الغصب وبيع
المغصوب ممن في يده يجوز ومن غيره لا يجوز ولو اشترى دينارا
بعشرة وهي زيوف وتقابضا فانفق المشتري وهو لا يعلم بذلك
فلا شيء له على البائع في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له ان يرد مثل ما قبض ويرجع بالجياد وعلى هذا الاختلاف اذا
كانت العشرة من قرض او ثمن بيع لان حقه كان في الجيد
وقد امكن استيفاؤه برد مثل ما قبض ولهما انه لا يمكن لان
الرد انما يصح فيما تناوله العقد وانه قد فات فلا يمكن رده
ولو وجد الدراهم ستوقة بعد الافتراق وقد هلكت في يد
المشتري فعليه قيمته والصرف باطل لانه ظهر ان الافتراق
كان من غير قبض لان الستوق ليس من جنس الدراهم فظهر
ان الصرف قد بطل وقد تعذر رده بالهلاك فيرجع بقيمته
لانه ليس بمثلي ويرد الدينار ولو اشترى دينارا بالعشرة واقر
بائع الدينار باستيفاء ثمن الدينار ثم جاء بدرهم زيف فقال وجد
ته فيه وانكر الاخر فالقول قول المنكر لان الاقرار باستيفاء
ثمنه اقرار باستيفاء الجياد فلا يسمع دعوى الزيف بعد ذلك
لانه رجوع بخلاف ما اذا اقر بقبض عشرة دراهم حيث يكون
القول قوله في الزيوف لان اسم الدراهم يتناول الزيوف كما يتناول
الجياد ولو ادعى ان المقبوض ستوق لم يقبل قوله لان اسم
الدراهم لا يتناول الستوق فكان دعوى الستوق بعد الاقرار
بقبض الدراهم رجوعا ولو اشترى دينارا بعشرة دراهم فاستحق
نصفه رجع بنصف الدراهم ولم ينصف الدينار ولا خيار له لان
الشركة في الدينار لا تعد عيبا ولو كان المبيع قلبا فاستحق

بصفة كان للمشتري ان يرد الباقي وان شاء امسك بحصته
لان الشركة في القلب عيب فتتغير عليه المعقود عليه فتخير
ولو باع درهما بدينار ثم قال بريت اليك من كل عيب فوجده ستوقا
لم يبرا لان الستوق ليس بدرهم فلم ينعقد البيع اصلا فبطله ولو
وجده زيفا يبري لان اسم الدرهم يتناوله وعن محمد فيمن قال
ابيعك هذه الدراهم فاراها اياه ثم وجد فيها زيفا قال يبدلها
لان الدراهم لا يتعين فينصرف مطلقها الى الجياد بخلاف ما اذا
قال هي زيوف او تبرا عن عيبها لانه قصد بذلك التبري
وعن محمد فيمن اشترى دينارا بدراهم ثم قبض الدينار وباعه
من ثالث ثم وجد به عيبا فرد على الاوسط بغير قضاء كان
للاوسط ان يرده على الاول ولو كان مكان الدينار عرض
والمسئلة بحالها فليس له ان يرده على الاول لان الدينار لا يتعين
فلا يكون الرد بيعا جديدا بخلاف العرض فانه يتعين فيكون
الرد بغير قضاء بيعا جديدا ولو اشترى اناء فضة ولم يشترط
جيدا ولا رديا فاذا هو غير فضة فلا بيع بينهما لانه اسم الفضة
واشار الى غير جنسها فتعلق العقد بالمسمى وانه معدوم ولو كانت
فضة فيها رصاص فهو وصف فهو بالخيار لانه من جنس الفضة لكنه
فيها عيب ولو كانت الفضة ردية من غير غش فليس له
ان يرد لانها نوع فضة لا عيب فيها الا انها اردى من غيرها

باب

بيع الفلوس هي الفلوس اذا جعلت ثمنا بالاصطلاح التحقت
بالاثمان الاصلية وهي الدراهم والدنانير في انها لا يتعين بالتعيين
ولا ينفسخ العقد بهلاكها قبل القابض لانها لما التحقت بها اخذت

حكمها ولو باع الفلوس بالفلوس ثم افترقا قبل التقابض يبطل
البيع لفقد شرطه وهو التقابض ولو قبض احدهما دون الاخر او تقابضا
ثم استحق ما في يد احدهما بعد الافتراق فالعقد صحيح على حاله
وكذلك لو باع الفلوس بالدراهم او بالدنانير لان الفلوس ملحقة
بالاثمان الاصلية فيكون دونها في الرتبة فيظهر كونها ثمنا في حق
عدم التعيين بالتعيين دون القبض من الجانبين بخلاف الدراهم
والدنانير فانها اثمان اصلية ولو باع فلسا بفلسين باعيانهما صح
العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان
الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما فلما ثبتت
حقا لها باصطلاحهما لانه لا ولاية لغيرهما عليهما فيبطل باصطلاحهما
وان كانا بغير اعيانهما لم يجز في المشهور من الرواية لانهما
لا يخلوان اما ان يكونا ثمنين فيظهر الربوا او يكونا عرضين فيعتبر
تعيين المبيع شرطا ولم يوجد وعن ابي يوسف انه يجوز لانها
عروض عددية فيجوز بيعها كيف ما كان واذا اشترى فلوسا
وتقابضا على ان كل واحد منهما بالخيار وتفرقا على ذلك فالبيع
فاسد لان الملك لا يثبت مع شرط الخيار فلا يوجد القبض المعين
الذي هو شرط جواز العقد ولو كان الخيار لاحدهما فالبيع
جائز ويجب ان يكون مذاقولهما لان عندهما الخيار لا يمنع
دخول المبيع في ملك المشتري فلا يفوت القبض المعين في احدهما
واما على قول ابي حنيفة يجب ان لا يجوز لان عنده بشرط الخيار
للمشتري يمنع دخول المبيع في ملك المشتري وينبغي على قياس
قول ابي حنيفة وابي يوسف اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما وشرط
الخيار لاحدهما ان يجوز لما ذكرنا قال وقول زفر في الفلوس

مضطرب والمحصل منه انها بمنزلة الحنطة لانها صارت عروضا فلم
يكن الثمن شرطا وانما شبهها بالحنطة لان الحنطة بتعيير ثمنا
اذا لم تتعين فتوبات بالاعيان وتصلح مبيعا اذا عينت وكذا
الفلوس ه

باب ما يجوز استقراضه وما لا يجوز ه

الاستقراض جائز في المكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة كالبيض والجوز ولا يجوز في
الحيوان وغير ذلك من الاموال المتفاوتة لان الاقراض اعارة
لكن ما لا ينتفع به الا باستهلاك عينه اقيم رد مثله مقام رد
عينه كانه انتفع به ورده وهذا انما يتحقق فيما يضمن بالمثل
والحيوان ليس من ذوات الامثال بخلاف المكيل والموزون
والعدديات المتقاربة وكل قرض جر منفعة فانه لا يجوز لنهي
النبي عن قرض جر منفعة ويكره ذلك اذا اشترط في القرض
نحو ان يقرض نحو ان يقترض غلة ليرد صحاحا فان لم يكن مشروطا
فاعطاه الذي عليه اجود مما عليه فلا باس به فان رسول الله
استقرض فلما اراد ان يرد قال للوزان زن وارجح لانه اذا لم
يكن شرطا في العقد فهو ابتدا التبرع فلا يكره بخلاف المشروط
فيه لانه يستحق بالعقد فلا يكون تبرعا والقرض عقد تبرع
فلا يلايمه اشتراط النفع ولو اقرض موجلا او اشترط التاجيل
بعد القرض فالاجل باطل لما ذكرنا انه اعارة وانها عقد جائز
فلو صح التاجيل لانقلب لازما والمال حال لان الاجل قد لغا
والسفاتج التي يتعامل بها التجار مكروه لانها قرض نفع اسقاط
خطر الطريق فهذا اذا اشترط لما بينا واما اذا اقرض مطلقا ثم كتب
له جاز وعن ابن عباس انه كان يستقرض بالمدينة ويكتب بها

الى البصرة والسلم في الخبز لا يجوز في قولهما لانه ليس بمثلي لانه يتفاوت
بالعجن والطبخ والنقصان واما القرض فلا يجوز فيه عددا ولا وزنا
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه ليس بمثلي لما بينا
وقال محمد يجوز عددا لان الناس تعاملوا القرض فيه عددا وقال
عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ه

باب استقراض الفلوس اذا كسدت ه

اذا استقرض فلوسا فكسدت
فعليه مثلها في قول ابي حنيفة وقالا عليه قيمتها لانه عجز عن
الرد على الوجه الذي قبض ببطلان وصف الثمنية فيجب قيمتها
كما اذا عجز بالانقطاع عن ايدي الناس ثم عند ابي يوسف
يعتبر قيمتها يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وياتي الكلام في
نظير هذا في الغصب اذا غصب مثليا فانقطع عن ايدي
الناس ولنا لم يتغير ذاتها ووصفها وانما قلت القيمة بتغير رغبات
الناس وانه لا يمنع الرد كمن استعار عبدا فقلت قيمته في يده
ولو استقرض دراهم بخارية فالتقيا في بلد لا يقدر على البخارية
وهي ينفق فيها فان شا صاحب الحق اجله قدر المسافة ذاهبا
وجائيا ويستوثق منه وان شا اخذ القيمة لانه عاجز باعتبار
الحال قادر بالامهال فيتخير وان كانت لا ينفق فيها اوجبت
القيمة لانه عاجز من كل وجه وعن ابي يوسف انه كره استقراض
الدراهم المكحلة والمزيفة وان كانت ينفق بين الناس لانه
يودي الى تغريرهم والاضرار بهم وكره انفاقها وان نهى عنها
وكسدت فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو اشترى بفلوس
كاسدة في موضع لا ينفق فان كانت باعيانها جازت وان لم

بكل باعيانها لم يجز لانها بالكساد بطل كونها ثمنا فبقيت عروضا
عددية ولو اشترى بها دهن ناقة ثم كسدت فسد البيع
عند ابي حنيفة وان كان المبيع قائما رد على بايعه وان
كان مستهلكا ضمن قيمته وقال ابو يوسف ومحمد لا يفسد
العقد لان البيع اوجب الثمن في الذمة والكساد يؤثر في
العين دون الدين لكن تعذر تسليمه على الوصف المستحق
فتجب القيمة ولنا ان بالكساد بطلت الثمنية فبقي بيع بلا
ثمن فيفسد بخلاف الاستقراض فان الثمنية غير لازمة فيه
بدليل جواز استقراضها بعد الكساد وجواز استقراض غير
الثمن من المثلي وفيما اخذ به الثمنية لازمة ولو كانت له
على رجل جياد فاخذ منه نبهرجة او مكحلة او زيوفا او ستوقا جاز
ذلك في الحكم لانه في الزيوف تجوز بدون حقه وفي الستوقة
استبدل وانه جائز ويكره ان يرضى وان ينفقه وان
يبين ذلك للمنفق لان فيه اضرارا بالعامة وقال ابو يوسف
كل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي ان يقطع ويعاقب
صاحبه اذا انفقه وهو يعرفه لانه جان اذا عرفه

باب الصرف في دار الحرب

اذا دخل مسلم او ذمي دار الحرب بامان
فبايع حربيا فيها درهما بدرهمين او ما اشبهه من البيوع الفاسدة
في دار الاسلام فذلك جائز في قول ابي حنيفة ومحمد وكذلك
لو كان اسيرا في ايديهم او اسلم في دار الحرب ولم يهاجر وقال
ابو يوسف لا يجوز للمسلم في دار الحرب الا ما يجوز في دار الاسلام
لانه تملك بالبيع وانه لا بد قلنا ليس هذا تملكا بالبيع وانما
هو اخذ على الاباحة الاصلية لان اموال اهل الحرب مباحة
والمعاقدة طريق لتحصيل رضاهم لانه بالامان التزم ان لا
يتعرض لما لهم الا برضاهم وان بايع المسلم الذي دخل بامان
رجلا اسلم هناك ولم يهاجر درهما بدرهمين جاز في قول ابي
حنيفة وعندهما لا يجوز بناء على ان العصمة تثبت في اموالهم
بالاسلام عندهما وعنده بالاحراز بدار الاسلام ولو دخل مسلمان
دار الحرب بامان فتبايعا درهما بدرهمين لم يجز لان دخولهما
الدار لا للقرار فبقيا على حكم دار الاسلام واموالهما معصومة
ولهذا لا تقع الفرقة بينهما وبين ازواجهما ولو اسلم الذي بايع
المسلم وخرج الى دار الاسلام او اسلم اهل الدار فما كان من
ربوا مقبوض او بيع فاسد مقبوض فذلك ماض على الجواز
وما كان غير مقبوض بطل لان الرسول اجاز المقبوض من
الربوا دون غير المقبوض لما نزل تحريم الربوا واليه اشار في
قوله عز وجل وذروا ما بقي من الربوا وما يبطل من بيوع المسلم
يبطل من بيوع اهل الذمة الا بيع الخمر والخنزير فان ذلك
جائز بينهم لان حرمة الربوا ثابتة في حقهم فان رسول الله
كتب الى مجوس هجر ان ذروا الربوا والا فاذنوا بحرب من الله
ورسوله بخلاف الخمر والخنزير فان ذلك مستثنى في عقودهم
واذا تبايع العبد المأذون مع مولاه درهما بدرهمين ولا دين
عليه جاز لانه ما اخذ بناء على انه ملكه لا بحكم البيع لانه
اذا لم يكن عليه دين فكسبه ملك المولى بخلاف ما اذا كان
عليه دين فانه لا ملك له في كسبه عند ابي حنيفة وعندهما
وان كان له فيه ملك لكن لم يظهر لكونه ممنوعا عن التصرف

فيه لتعلق حق الغريم به وكذا لو تبايع مع مكاتبه درهما
بدرهمين لانه اجنبي عن كسب المكاتب ولو تبايع
المتفاوضان درهما بدرهمين جاز وكذلك شريك العنان اذا
تبايعا من مال الشركة لان كل عقد يقع لاحدهما يقع للاخر
وان كان من غير مال الشركة لم يجز كالاجنبيين ولا يجوز فعل
الوكيل لموكله والقاضي وامينه لليتيم والاب لابنه الصغير
والوصي لليتيم لا يجوز ان يفعل لنفسه لان الوكيل اصل في حق
الحقوق والقاضي ونائبه بمنزلة الرسول والاب والوصي اجنبيان
عن مال الصغير في الملك وكذلك اذا اشترى الاب من مال
ابنه لنفسه او المضارب باع من رب المال لم يجز الا ما يجوز
بين الاجنبيين م

باب الرهن

الرهن في اللغة عبارة عن الحبس ومنه قوله عز وجل كل نفس بما كسبت
رهينة اي حبيسة وحكمه كونه محتبسا بيد حقيقة عندنا
وعند الشافعي صيرورته احق ببيعه والرهن جائز في السفر
والحضر لما روي عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله
عليه وسلم استقرض طعاما بالمدينة ورهن به درعه و
التخصيص بالسفر في كتاب الله وهو قوله وان كنتم على
سفر خرج مخرج العادة لان الغالب في السفر لا تتهيا الشهود
والكتاب وانما تهيا للرهن ولا يتم الا بالقبض لانه تبرع
بدليل انه لا يجبر عليه فاشبه الهبة ولا يجوز في المشاع فيما
ينقسم وفيما لا ينقسم وقال الشافعي يصح لان المشاع محل الرهن
عنده لان حكمه صيرورة المرتهن احق ببيعه وهذا يمكن تحقيقه
في المشاع وعندنا ليس بمحل لحكمه لان حكمه كونه محتبسا بيد

حقيقة وانه لا يمكن اثباته في المشاع ولا يصح رهن المشاع
من الشريك لانه اضيف الى غير محله والشيوع الطاري يمنع
بقاء الرهن وصورته ان يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف
ما راى مجتمعا او متفرقا فباع بعضه بطل الرهن في الباقي وكذلك
اذا رهن قلبا وزنه عشرون درهما بعشرة فانكسر ضمن نصف
القلب ويصير لم يبطل الرهن في الباقي وعن ابي يوسف انه
رجع عن هذا وقال الشيوع الطاري لا يبطل الرهن كما في
الهبة لان كل واحد منهما عقد تبرع وانا نفرق بينهما ونقول
المشاع ليس محلا لحكم الرهن والشي كما لا ينعقد الا في
محله فكذا لا يبقى الا في محله بخلاف الهبة فان المشاع محل
لحكمها وهو الملك الا انها لم تصح ابتدا في المشاع الذي ينقسم
لكي لا يلزمه بتبرعه ما لم يتبرع به وهذا المعنى معدوم
حالة البقا ولا يجوز رهن ثمرة في شجرة حتى يجدها ويسلمها اليه
لانها متصلة بالمرهون اتصال خلقة فاشبه رهن المشاع وكذلك
لو رهن الشجرة دون الارض او رهنها دون الثمرة او رهن الزرع
دون الارض او الارض دون الزرع لما بينا ولو رهن النخل
بمواضعها من الارض جاز لانه لا شيوع ولو كان في ذلك
ثمر دخل في الرهن وليس هذا كالبيع لان الثمر متصل بها اتصال
خلقة لكن لما قصد بها الفصل لا الابقا اخذ حكم المنفصل
فلا يدخل في البيع بدون الذكر ومن حيث انه متصل خلقة
يدخل اذا ذكر وانما دخلت في الرهن بدون الذكر لان الرهن
لا يصح بدونها فكان اقدامهما على الرهن دليلا على اشتراط
الثمر بخلاف البيع فانه يصح بدون الثمرة فلم يك

لكن اقدامهما على الرهن

دليلا على الشرط ولو رهن ارضا فيها نخل فقال رهنتك الارض
دون النخل فالرهن باطل في قولهم جميعا في المشهور لان الارض
مشغولة بالنخل وروى الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك جائز
لان النخل اسم للنابتة في الارض مع مواضعها فصار كما لو رهنها
واستثنى مواضع النخل والاستثناء شرط فاسد لكن الرهن
لا يبطل بالشروط الفاسدة ولو رهن بيتا من دار بعينه او
طايفة منها بعينها جاز لانه لا شيوع في المعين ولو قال
رهنتك هذه الدار او هذه الارض واطلق ولم يخص دخل البنا
والغرس والزرع اما البنا والغرس فانهما يدخلان في البيع
ففي الرهن اولى واما الزرع فلانه لا يدخل في البيع ويدخل في الرهن
لما ذكرنا في الثمرة ولو رهن ارضا بما فيها او دارا ثم استحق
بعضها ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه وحده بقي
رهنا بحصته والا فلا لان بالاستحقاق يظهر ان الرهن
انصرف الى ملكه فان كان بحال يجوز رهنه ابتدا بان
كان معينا جاز والا فلا وروى الحسن عن ابي حنيفة
اذا رهن دارا وهما في وسطها فقال سلمتها اليك ثم يتم الرهن
حتى يقول بعد خروجه منها سلمت اليك هذه الدار لانه ما
دام فيها فيده ثابتة عليها وانها تمنع التخلية وان كان في
الدار متاع قليل او كثير من الثياب والحبوب وغير ذلك
مما ينتفع به لم يتم الرهن حتى يفرغ لان كونها مشغولة به يمنع
التخلية ولو رهن الدار وما فيها وخلا بينه وبين ذلك فهو
جائز منها تم الرهن ولو رهنه دابة عليها حمل لم يتم الرهن
حتى يلقي الحمل ويسلمها اليه لانها مشغولة بالحمل فاشبهت

الخامس

دار المشغولة بالمتاع ولو رهن الحمل دون الدابة صح لان الحمل
غير مشغول بالدابة فاشبه رهن متاع في دار ولو رهنه سرجا
على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة معه لم يكن رهنا حتى
ينزعه من الدابة ويسلمه اليه لان ذلك تبع للدابة ولهذا
يدخل في الرهن اذا رهن الدابة تبعا ولو رهن صوفا على
ظهر غنم لم يجز حتى يجزه ويسلمه اليه لان الصوف متصل به
اتصال خلقة فاشبه الثمر على الشجر ولو رهن شيا وخلى
بينه وبينه تم الرهن وصار قابضا بالتخلية في الروايات المشهورة
وعن ابي يوسف انه لا يصير قابضا حتى ينقل لان الشرط قبض
حقيقي والتخلية قبض حكمي قلنا المعتبر في الباب التخلية
وقد وجدت ه

باب

جعل الرهن على يد عدل ه اذا اشترطا في الرهن ان يجعلاه
على يدي عدل فهو جائز لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفا
على المحل وانه يمكن له حقيقة الاستيفا وفي حقيقة الاستيفا
تجري به النيابة فكذا في هذا وقبض العدل بمنزلة قبض المرتهن
لان حق الحبس له فكان العدل نايبا عنه ولو وضع البايع
على يدي عدل ليقبض الثمن قامت يد العدل مقام يد البايع لان
حق الحبس للبايع حتى انه لو وضعه بعد نقد الثمن في يد
العدل كانت يده قايمة مقام يد المشتري لان حق القبض
له ولو اشترطا في الابتدا ان يكون العدل مسلطا على بيعه فذلك
جائز وللعدل ان يبيعه ويوفي المرتهن دينه وليس للراهن
ان يفسخه اذا شرطت في العقد لانها اذا كانت مشروطة
في الرهن صارت تبعا له فاخذت حكمه في اللزوم وكذا

المرتهن لا يملك منعه ولو مات الراهن أو المرتهن فالعدل على حاله في
إمساك الرهن وبيعه لأن الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت
أحدهما وكذا ما هو في حكمه   ولو مات العدل بطلت الوكالة
لأن قيامها كانت به ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الإرث
لا يجري في الوكالة ولأن الراهن رضي برأيه دون رأي غيره
وكذلك لو وضعاه على يد عدل وسلطا رجلا آخر على بيعه وتسليم
الثمن إلى المرتهن وكذلك لو سلط المرتهن على البيع ولو لم يشترط
البيع في عقد الرهن ثم سلط المرتهن أو العدل صح التوكيل
وللراهن أن يفسخ الوكالة ~~لأن الوكالة~~ لأن الوكالة مفردة
عن الرهن فيملك عزله كسائر الوكالات   وكذلك
إذا مات الراهن تبطل الوكالة وعن أبي يوسف أنها كالمشروط
في العقد لأنها التحقت بالرهن فصارت كالمشروط فيه
وليس للمرتهن والعدل أن يتصرفا في الرهن غير الإمساك ولا
يبيع ولا يؤاجر ولا يستخدم لأن حكم الرهن الحبس على
الدوام لا التصرف فيه وله أن يسلم إلى زوجته وخادمه ومن في
عياله وأجرائه الذين يتصرفون في ماله لأن له أن يحفظ و
الحفظ قد يكون بيده وبيد هؤلاء كحفظ الوديعة   وإذا
باع العدل الرهن فقد خرج عن كونه رهنا لأن المبيع صار
ملك المشتري فمن ضرورته أن لا يبقى رهنا وصار الثمن هو
الرهن مقبوضا كان أو غير مقبوض لأنه بدله فيقوم
مقامه وكذلك إذا قتل الرهن فالقاتل ضمن قيمته أو قتله
عبد فدفع به لأنه يقوم مقامه لما بينا فإذا توى الثمن كان
من مال المرتهن لأنه قائم مقام الرهن   ولو هلك الرهن كان

من مال المرتهن وكذا هذا فإن قيل قيمة العبد المقتول ما ينبغي
أن يقوم مقامه لأنها بدل الدم قلنا مسلم لكن المولى يستحق
بسبب المالية فأخذ حكم المالية في حقه   ولو باع العدل وسلم
الثمن إلى المرتهن ثم استحق العبد أو رد بعيب بقضاء فللمشتري
أن يرجع على العدل لأنه من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد
والعدل هو العاقد ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على المرتهن
لأنه قبضه ثمنا فلم يبق ثمنا بانفساخ البيع فلم يبق رهنا
فانتقض قبضه فإذا انتقض قبضه عاد الدين على حاله وإن
شاء رجع على الراهن لأنه أوقعه في هذه الورطة فعليه تخليصه
فإن رجع على الراهن تقرر قبض المرتهن لأنه سلم له ما قبض
بخلاف ما إذا لم يسلم الثمن إلى المرتهن حيث لا يرجع عليه
لأنه عامل للراهن   ولو كان التسليط على البيع بعد عقد
الرهن من غير شرط في العقد فهو وكيل الراهن يرجع عليه
بما يلحقه من العهدة دون المرتهن قبض المرتهن الثمن أو لا لأنه
وكيل محض ولهذا يملك عزله ولا يملك المرتهن المطالبة بالبيع
فلا يتعلق حقه به   ولو أقر العدل أنه قبض الثمن وسلمه إلى المرتهن
وأنكر المرتهن ذلك فالقول قول العدل لأنه أمين فيقبل قوله
في براءة نفسه دون الإيجاب على غيره وبطل دين المرتهن لأنه
إذا لم يعرف قبضه صار كأنه هلك قبل القبض فيسقط دينه
لأنه رهن قبل القبض وما حدث من الرهن من ثمرة أو ولد
أو نماء من نفس الرهن فهو رهن مع الأصل وللعدل أن يبيعه
لأنه تبع للرهن فيحدث على وصفه وكذلك لو جنى عليه عبد
فدفع به لأنه قائم مقامه ولو كان الراهن هو العدل في

الرهن وقد قبضه المرتهن جاز وان لم يقبض من يده فليس برهن
لان تمامه بالقبض ولم يوجد ولو رهن رهنا وسلط عدلا
على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الدين فالرهن باطل
لفقد شرط تمامه وهو القبض وبيع العدل صحيح لانه باع
بامره وكذلك لو رهن مشاعا وسلط عدلا على بيعه بطل
الرهن والوكالة صحيحة لان صحة الوكالة لا يتوقف على القبض
بخلاف الرهن ولو طالب المرتهن بحقه وقال الراهن للعدل
بعه واوف حقه وقال المرتهن لا اريد وانما اريد حقي قبله ذلك
لان له ان يستديم حبسه حتى يصل اليه حقه ولو طالب
المرتهن العدل بالبيع اجبر على ذلك لانه التزم ذلك بقبول
الوكالة وللعدل ان يبيع بالنقد والنسيئة لان التوكيل مطلق
ولو كان اطلق عند العقد ثم نهاه بعد ذلك عن البيع بالنسيئة
لم يصح نهيه لان النهي لو صح ابطل وصف الاطلاق وانه ابطال
من وجه فلا يملك ذلك ولو سلط على البيع مطلقا ولم يقل
عند المحل فله ان يبيع قبل ذلك لان الامر بالبيع مطلق لكن
لا يوفيه قبل المحل فيكون رهنا في يده ولو رهن عبدا تاجرا
على ان يضعه على يدي مولاه لم يجز سواء كان عليه دين او لم
يكن لان يد الرهن يد استيفا فيعتبر بحقيقة الاستيفا
والمولى لا يصلح نايبا عن عبده في الايفا وعن الاجنبي في
الاستيفا لان النايب من يعمل لغيره والمولى في هذا عامل
لنفسه من وجه او من كل وجه لانه يفرغ ذمة عبده من
الدين بخلاف ما اذا رهن المولى على ان يضعه عند عبده
حيث يجوز لانه يصلح نايبا عن سيده لان عليه ولية له دعن

ابي يوسف ان المولى يصلح عدلا في الارتهان من المكاتب
وكذا المكاتب في حق السيد لان كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه
لان المكاتب بعقد الكتابة صار اخص بنفسه واكسابه
فالتحق بالاحرار يدا واحد شريكي المفاوضة او العنان لا يصلح
عدلا في رهن صاحبه في دين لحقه من تلك التجارة لان يد كل
واحد منهما كيد صاحبه فيما يرجع الى شركتهما فلم يصلح
كل واحد منهما نايبا عن الاخر وان كان من غير التجارة فهو
جائز لان كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه فيما يرجع الى
غير الشركة ولو رهن المضارب من المضاربة بدين فيها لم يصلح
رب المال عدلا فيه لان القبض شرط تمام الرهن ولم توجد
لان يد رب المال يد ملك فمع بقائها على المال لا يصح التسليم
وكذلك لو كان الراهن رب المال هو الذي يجعل على ان
يضعه على يدي المضارب لان يد المضارب كيده لانه
وكيله وكذلك الاب اذا رهن بثمن ما اشتراه للصغير
على ان يضعه على يد نفسه لان يد الرهن يد استيفا والاب
لا يصلح ان يكون مستوفيا لنفسه وموفيا وكذلك الكفيل
اذا وضع على يد المكفول عنه او للمكفول عنه على يد الكفيل
لان كل واحد منهما لا يصلح ان يكون نايبا عن الاخر في
الاستيفا فكذا في يد الاستيفا واذا مات العدل لم يبطل
الرهن لان حق المرتهن تعلق به فلا يبطل بموته ولو وضع
على يد اخر عن تراض منهما فان اختلفا في ذلك وضعه
القاضي على يدي عدل لان للقاضي ولاية ذلك وليس للعدل
الثاني ان يبيع لانه وكله بالحفظ دون البيع الا ان

بموت الراهن لانه اذا مات فللقاضي ان يبيعه ويقضي به دينه
واذا كان الدين مائة فقال الراهن بعته بمائة وقال
المرتهن بخمسين ودفع الي وصدق العدل الراهن فالقول قول
المرتهن مع يمينه والبينة بينة الراهن لان المبيع يخرج عن
كونه رهنا وينتقل الضمان الى الثمن فهذا الاختلاف في مقدار
ما انتقل اليه الضمان فكان القول قول المرتهن كما اذا اختلفا
في قيمة الرهن بعد هلاكه والبينة بينة الراهن لانها تثبت
زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن ولو لم يقر الراهن بالبيع
وقال مات في يدي العدل فالقول قول الراهن لان الرهن
مضمون بالدين والمرتهن يدعي انتقاله الى الراهن فلا يقبل
قوله وكذلك قال ابو حنيفة اذا كان الرهن مثل الدين
في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه فان ادعى انه باع بمثل
الدين فالقول قوله لان الرهن كان مضمونا بالالف فيقبل
قوله في بيعه بالالف لانه لا يدعي الانتقال بخلاف ما اذا
قال بعت بتسعمائة حيث لا يقبل قوله وصار كانه ضاع
لانه يدعي خلاف الظاهر الا ان يجي ببينة او يصدقه الراهن
لان بينته تثبت ما يدعيه وذكر في الاصل اذا كان المرتهن
مسلطا على البيع فاقام بينة انه باعه بتسعين واقام الراهن
بينة انه باعه بتسعين واقام الراهن بينة انه مات في يد
المرتهن اخذ ببينة المرتهن وقال ابو يوسف يوخذ ببينة الراهن
لانه يدعي العارض فكانت بينته مثبتة للعارض فكانت
اولى من النافية ولو اخذ بالمسلم فيه رهنا وسلط على بيعه
عند المحل فان باعه بجنس المسلم فيه او بغيره جاز عند ابي

حنيفة وقالا لا يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهذا
بناء على الاختلاف في الوكيل بالبيع المطلق كان عند ابي
حنيفة يملك بيعه باي نوع كان وباي ثمن كان عملا باطلاق
الصيغة وعندهما لا يملك الا بالنقود وانما جوزنا له البيع
هاهنا بجنس المسلم فيه لان الغرض ايفا المسلم فيه منه فصار
مذكورا دلالة والله اعلم

باب

ما يجوز الارتهان به وارتهانه ه الاصل فيه ان الرهن
بشي يجب ايفاوه او ما كان مضمونا بنفسه جائز لانه
شرع وثيقة بجانب الايفا فيما يجب ايفاوه جاز بدين باي
وجه وجب جاز الرهن به وكذا الاعيان المضمونة
ونعني بالمضمون بنفسه ما يجب تسليمه حال قيامه وتسليم
مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان غير مثلي بعد هلاكه
لانه يجب تسليمه فكان الرهن ملايما واما الاعيان
المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع فالرهن بها لا يصح
لان بهلاكه قبل التسليم ينفسخ البيع ولا يجب شي حتى يصح الرهن
وكذلك الاعيان التي ليست بمضمونة كالودايع والعواري
والمضاربات والشركات فلا يجوز الارتهان بها لانها غير
مضمونة العين والرد ولو تزوج امراة على دراهم بعينها
فاعطاها بها رهنا لم يجز وقال زفر يجوز بناء على ان الدراهم عنده
يتعين بالتعيين فتصير مضمونة بنفسها وعندنا لا تتعين
فلا تصير مضمونة بنفسها فلا يصح الرهن بها فان هلك
الرهن وقد ارتهن بشي من الاعيان المضمونة بنفسها
يقال لمن في يده العين سلم العين وخذ من المرتهن الاقل

من قيمة الرهن ومن الدين لان الرهن مضمون عندنا
بالاقل من قيمته ومن الدين فيرجع بقدر المضمون وان هلكت
الاعيان قبل الرهن فالرهن رهن بقيمتها لان الواجب بعد
الهلاك قيمتها فيكون رهنا بها فان هلك الرهن بعد
ذلك كان مضمونا باقل من قيمته ومن قيمة العين فاذا رهن
بالمبيع رهنا ثم هلك ذهب بغير شي لان رهنه لم يصح فبقي
امانة ولو اعطا الاجر رهنا بالعين التي اجرها فالرهن
باطل لان بهلاكها ينفسخ الاجارة فلا يجب شي حتى يصح الرهن
به فلو هلك لم يلزمه شي ولو رهن ببدل الصلح عن دم
الخطا رهنا والبدل عين لم يصح لان بهلاكه ينفسخ الصلح
فلا يجب شي ولا ضمان اذا هلك ولا يجوز رهن المدبر و
المكاتب والحر وام الولد لان الاصل في جنس هذه المسايل
ان ما لا يمكن ايفا الواجب منه لا يجوز رهنه به لان
الثابت بالرهن يد استيفا فيعتبر بحقيقة الاستيفا وايفا
الواجب من الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لا يتحقق ولا
يجوز للمسلم ان يرهن خمرا ولا يرتهنها سوا كان العاقدان
مسلمين او احدهما لان المسلم لا يملك ايفا الدين من الخمر
ولا استيفاه الا ان الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمونة
عليه للذمي كما تصير مضمونة بالغصب وان كان
المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب واما
بين اهل الذمة يجوز لانها مال متقوم في حقهم كالخل عندنا
ولا يجوز رهن الميتة والدم من ذمي ولا غيره لانهما ليسا بمال
عند احد ولا يجوز الرهن بقصاص في نفس ولا فيما دونها

٤٥

لانه لا يمكن استيفا القصاص من الرهن وان كانت الجناية
خطا جاز الرهن لان الواجب بالخطا الارش وانه يمكن
استيفاوه من الرهن ولا يجوز الرهن بالكفالة في النفس
لانه لا يمكن استيفاوها من الرهن وكذلك الرهن
بالشفعة لا يجوز لان المبيع غير مضمون على المشتري فلا
يصح الرهن به وكذلك لا يصح بالعبد الجاني والعبد المديون
لانه غير مضمون على سيده ولهذا لو هلك لا يجب عليه شي
ولا يصح الرهن بضمان الدرك لانه بعد لم يجب وكذلك اذا
قال لغيره ما بايعت فلانا فانا ضامن ثم اخذ المقول له من القايل
رهنا قبل المبايعة لم يجز لان الرهن وثيقة بجانب الاستيفا
فيستدعي ثبوت الواجب ايفاوه حتى يستوثق به او مسمى
ولم يوجد ها هنا كلاهما لانه اضاف الى ما يجب بما بعته
وانه لا يدري ايكون ام لا وذلك ليس بمسمى بخلاف ما اذا
رهن شيا ليقرضه كذا حيث يجوز لانه وان لم يوجد ثم
ثابت يجب ايفاوه لكن وجد المسمى فوقع الرهن به مضمونا
ولانه اذا لم يقرض ما سمى امكنه استرداد الرهن منه
في الحال فلا يودي الى تعطيله وفي ضمان الدرك لا يقدر
على استرداده في الحال وكذلك اذا رهن بالجرح النايحة
او المغنية رهنا فضاع لم يكن مضمونا لان اجرتهما لا تجب
فقد وقع الرهن بما ليس بثابت ولا مسمى فلم يصح ورهن المشاع
والثمرة المعلقة وما يمنعنا بها ما تقدم ذكره اذا هلك ذهب
بغير شي لان الرهن انما يتم بالقبض والقبض لم يوجد في
هذه المواضع وذكر في الجامع اذا اصالح من الدعوى على انكار

على خمسمائة فاعطاه بها رهنا ثم تصادقا ان المال المدعى كان
باطلا فعليه ان يرد على الراهن خمسمائة اذا هلك الرهن
وعن ابي يوسف انه لا يضمن شيئا لان بتصادقهما ظهر ان
الرهن وقع بلا شيء وحكم الرهن ثبت لها فيبطل بتصادقهما
فيه ولنا المعتبر في الباب ثبوت الدين ظاهرا لا حقيقة والرهن
وقع بدين ثابت ظاهرا فصار مضمونا ولو اشترى عبدا بالف
درهم واخذ به رهنا ثم قامت البينة على ان العبد حر او مستحق
فالرهن مضمون وكذلك لو اشترى شاة مذبوحة او خلا
واعطاه به رهنا ثم علم ان الخل خمر او الشاة ميتة فالرهن
مضمون وكذلك لو قتل عبدا واعطاه بقيمته رهنا ثم
علم ان العبد حر فالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن قيمة
المرهون به ان لو كان عبدا وهذا كله على الرواية الظاهرة
وعلى قول ابي يوسف يجب ان لا يضمن شيئا لما مر واذا ادعى
المودع او المضارب هلاك المال وادعى رب المال عليهما الاستهلاك
وتصالحا على مال فاعطاه به رهنا فهلك لم يضمن في قول ابي
يوسف الاول ويضمن في قوله الاخير وهو قول محمد وهذا
الخلاف بناء على الخلاف في صحة الصلح ففي قول ابي يوسف
الاول لا يصح وفي قوله الاخير وهو قول محمد يصح فيضمن وعن
محمد فيمن قال ضمنت لك مالك على فلان اذا حل انه
يجوز عقد الكفالة والرهن به لان الدين ثابت لكن المطالبة
متاخرة فوقع الرهن بدين ثابت وكذا الكفالة بخلاف ما اذا
قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه حيث لا يصح اخذ الرهن
لان القدوم ليس بسبب لوجوب المطالبة فانها كانت واجبة

فكان شرطا محضا والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده بخلاف
الحلول فانه سبب لوجوب المطالبة بخلاف الكفالة حيث
تصح به لان باب الكفالة اوسع من باب الرهن ولهذا تصح
الكفالة بضمان الدرك ولا يصح الرهن به

باب

ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن ❊ الثابت للمرتهن امساك
الرهن بالدين الذي ارتهن به دون الدين الذي وجب له
على الراهن قبل الرهن او بعده لان حكم الرهن استحقاق
حبسه بالدين الذي رهنه به دون غيره الى ان يستوفي كله
حتى لو قضاه بعضه كان له حبس الكل حتى يستوفي الباقي
قل او كثر ولو مات الراهن وعليه ديون اخر فالمرتهن
احق بالرهن الذي في يده حتى يستوفي ماله الذي رهن به لان
الثابت له عليه يد استيفاء فكان اخص به من غيره واذا بيع
الرهن وفضل من ثمنه شيء ضم الى مال الراهن لانه قسم بالحصص
لانه لا اختصاص للمرتهن به ولو لم يف ثمنه بدين المرتهن ضرب
بما بقي من دينه مع الغرماء وكذلك اذا كان له على الراهن
دين اخر لان الباقي من دينه والدين الاخر لا رهن بهما فساوى
دين الغرماء الذين لهم رهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن
باستخدام ولا سكنى ولا لبس لان حكم الرهن استحقاق
الحبس دون الانتفاع بهذه الوجوه الا باذن المالك
وكذلك كل ما يحصل من الرهن من ثمرة او لبن يمسكه مع
الاصل رهنا لانه جزؤه فيحدث على وصفه ولا ينتفع به ولا
يبيعه ولا يواجره ولا يعيره كاصل الرهن فان فعل ذلك صار متعديا

لانه نقل مالدين له ولم يبطل عقد الرهن لانه لم يختل ما به
قوامه ولو اعار المرتهن من الراهن او الراهن من المرتهن
فذلك جائز لان حرمة الانتفاع كان لحقه فاذا اعاره
فقد ابطل حقه في الحبس فاذا اعاره المالك فقد اذن
له في الانتفاع بملكه وهو رهن على حاله لكل واحد منهما ان
يبطل العارية لان العارية عقد غير لازم وقد خرج الرهن
عن ضمان المرتهن لان الضمان بالقبض وقد زال وعن
ابي يوسف اذا كان الرهن جارية فاستعارها الراهن
فولدت كان للمرتهن ان ياخذها وولدها لان الولد يحدث
على وصفها   ولو اجره الراهن من المرتهن خرج من الرهن
ولم يعد ابدا الا ان الاجارة عقد لازم فلا ينفرد احدهما بابطاله
فمن ضرورة لزومها بطلان الرهن بخلاف العارية فانه عقد
جائز وكذا اذا اجر الراهن من اجنبي او اجره المرتهن
فاجازه الراهن بطل الرهن لما بينا   ولو باعه احدهما واجازه
الاخر فقد خرج العبد عن الرهن وكان ثمنه رهنا مكانه
وعن ابي يوسف اذا شرط عند الاجازة ان يكون ثمنه رهنا
كان رهنا والا فلا لان الاجازة تقتضي سقوط حقه عن
المرهون مطلقا فلا يتقيد الا اذا قيد عند الاجازة ولنا
خروجه عن كونه رهنا بالبيع والبيع يوجب سقوط حقه الى
بدل شرط او لم يشترط ولهذا اذا قتل الرهن يتعلق حقه بقيمته
ثم توى الثمن كان من ضمان المرتهن لما مر فان قبض الثمن
والدين حال والمقبوض من جنس الدين استوفاه به وان كان
الدين مؤجلا امسكه وان لم يكن الثمن من جنسه والمرتهن مسلط

على بيعه باعه وان لم يكن مسلطا حبسه الحاكم ولا يبيعه
بدون رضا المالك في قول ابي حنيفة وقالا يبيعه لان بيع
مال الغير بغير رضاه جار مجرى الحجر وابو حنيفة لا يرى
ذلك على الحر خلافا للصاحبين

باب

ضمان الرهن   الرهن محبوس بجميع الدين الذي ارتهنه
به سوا كان قيمة الرهن اقل او اكثر او كان عينا واحدا
او اعيانا لما بينا وليس للراهن ان يسترد شيا بقضا بعض
الدين فان رهن اعيانا في عقد واحد وسمى لكل واحد شيا
من المال الذي رهنه به فهو جائز فان ادى ما سمي لاحدهما
ثم اراد قبضه فقد ذكر في الاصل انه ليس له ذلك وذكر في
الزيادات ان له ذلك وذكر الحاكم ان ما ذكر في الاصل قول
ابي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد لابي يوسف ان
العقد متحد فلا يتفرق بافراده كل عين بذكر كما في البيع اذا
ذكر لكل واحد ثمنا لا يتفرق وللبايع ان يحبس الكل حتى
يستوفي الثمن كذا هذا قلنا اذا افرد بالذكر وليس احدهما
مشروطا في الاخر يتفرق بدليل انه لو قبل الرهن في احدهما دون
الاخر جاز بخلاف البيع فان احدهما مشروط في الاخر ولهذا
اذا قبل البيع في احدهما دون الاخر لم يجز وذكر ابو بكر ان المسلم
على احدى الروايتين عن محمد والرهن مضمون باقل من قيمته ومن
الدين وتفسيره اذا كان قيمة الرهن الفين والدين الفا فجميع
الرهن محبوس بالدين نصفه مضمون ونصفه امانة وان كان
الدين الفا والرهن خمسمائة فان هلك سقط بقدر قيمته وقال
الشافعي الرهن امانة لان عنده حكم الرهن تعيين ورده

احق به بيعا وانه لا يوجب الضمان ولان الرهن وثيقة فلو
سقط الدين بهلاكه ينقلب الوثيقة غرامة ولنا ان
الرهن وثيقة وذلك باثبات زيادة من جنس الحقيقة وهو الاستيفا
والاستيفا حقيقة يفيد الملك في المستوفى وثبوت اليد عليه
لكن اليد فوع في الاستيفا الحقيقي فجعلناها اصلا في الرهن
ليكون وسيلة الى الحقيقة استدلالا بالكفالة فانها ضم ذمة
الى ذمة في حق المطالبة لا في حق اصل الدين فاذا ثبت ان
يد الرهن يد استيفا فاذا هلك صار مستوفيا مرة فلا يستوفيه
مرة اخرى لانه لا يمكنه ذلك الا بنقض يد الاستيفا وانه لا
يمكن بسبب الهلاك فيصير ذاهبا بالدين ويويد هذا ما
روي ان رجلا رهن فرسه عند رجل فنفق فاخبر بذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ذهب حقك اي حقك
في الدين وقوله عليه السلام لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه
فسره ابو يوسف ان الفضل على الدين يكون للراهن واوله
الشافعي بما اذا هلك يرجع بدينه على الراهن وهذا مذهب
ليس عليه اهل العلم ولا له وجه في اللغة لانه لا يفهم من قوله
لا يغلق الرهن الرجوع بالدين عند الهلاك وانما المفهوم منه
صيرورته بحال لا يسترد كما في قول الشاعر ه ه ه
غمر الرداء اذا تبسم ضاحكا غلقت لضحكته رقاب المال
معناه اذا ضحك يهب ماله فيصير رقاب ماله بحال لا تسترد
وكان هذا حكما في الجاهلية في الرهن فرده الرسول بقوله لا
يغلق الرهن قوله ينقلب الوثيقة غرامة قلنا الوثيقة لا تنفك
عنها كالمستعير تلزمه المؤنة ولو استهلك المرتهن الرهن

ضمن قيمته لانه تعدى عليه بالاتلاف ولو استهلكه الراهن والدين
حال طولب به وان لم يكن حالا اخذ قيمته ويكون رهنا مكانه
لانه ابطل حقه في الحبس فيقيم قيمته مقامه ولو رهنه عبدين
او ثوبين ولم يسم لكل واحد شيئا من الدين فسبيل ذلك ان
يقسم الدين على قيمة تلك الاشيا فما اصاب كل واحد فهو مضمون
بالاقل من تلك الحصة ومن قيمة نفسه لانه رهنه بها وان
سمى لكل واحد حصة كان كل واحد مضمونا بالاقل من قيمته ومما
سماه ه

باب

نفقة الرهن ه الرهن اذا كان حيوانا فنفقته في ماكله و
مشاربه على الراهن وكذا الكسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن
لانه ملكه فيكون نفقته عليه وان منع عن الانتفاع به وسقي
البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه عليه لانه اصلاح
ملكه فيكون عليه واجرة الراعي على الراهن سوا كان في الرهن
فضل او لا وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن فهو عليه
كاجرة الحافظ واجرة المسكن الذي يحفظ الرهن
فيه في ظاهر الروايات المشهور عن علمائنا وان كانت قيمة الرهن
اكثر لانه يجب لحق الحبس وحق الحبس للمرتهن وهذه
الاشيا من مونة الحبس فيجب عليه وعن ابي يوسف ان اجرة
الماوى على الراهن لانه من النفقة ولنا بل هو من مونة من
هو واجب عليه وهو الامر بحفظ لحقه فيجب عليه وجعل الابق
على المرتهن اذا كانت قيمة الدين والرهن سوا لانه يحتاج
الى رده لحقه وهو الحبس فيجب مونته عليه وان كانت
قيمة الرهن اكثر كان على المرتهن بقدر المضمون وعلى

الراهن بقدر الامانه لان ما زاد على قدر المضمون امانة في
يده فجعلها على مالكها كالوديعة بخلاف اجرة المسكن حيث
تجب كلها على المرتهن لانها تجب بسبب الحبس وحق الحبس
له في الكل والجعل لاجل الضمان والكل غير مضمون
وكذلك مداواة الجراح والقروح والامراض ينقسم على
قدر الامانه والضمان لانه اصلاح المحل فينقسم على المضمون
والامانة وانما الرهن رهن مع الاصل لانه حدث على
وصفه فان اراد الراهن ان يجعل النفقة التي عليه في نما
الرهن فليس له ذلك كما ليس له ان يجعلها في الرهن لانه
رهن فما يخاف الفساد عليه بيعه باذن الحاكم فيكون
ثمنه رهنا في يده ان حفظ في بيعه وان باع بغير امره
ضمن لانه لا يملك ذلك والخراج على الراهن خاصة لانه
مؤونة الملك فيختص بالمالك وياخذ الامام العشر مما
يخرج لان متعلقه الخارج ولا يبطل الرهن في الباقي لان
تعلقه بالخارج لا يخرجه عن ملكه ولهذا له ان يبيع الخارج
ويودي العشر من محل اخر فكان صرفه الى الامام كالاخراج
من محل اخر فلم يظهر الشيوع فيه فلا يبطل بخلاف ما اذا استحق
بعض الرهن شايعا حيث يبطل الرهن في الباقي لانه ظهر
انه كان مشاعا حين رهن فلم يتم قبضه والفدا من
الجناية والدين الذي يلحق الرهن ينقسم على المضمون و
الامانة لانه اصلاح المحل فينقسم عليهما وعن ابي يوسف
ان ما ينفق في الدين ولا في الجعل بعينه وقضيته ذلك
متبرعا فما بقي فهو رهن وما يجب على الراهن اذا اداه المرتهن

بغير اذنه فهو متطوع لانه قضا دينه بغير امره وكذلك ما
يجب على المرتهن اذا اداه الراهن ولو انفق بامر صاحبه
رجع عليه فكذا الراهن اذا ادى ما يجب على المرتهن
بامر القاضي او بامر صاحبه رجع عليه لان القاضي ولاية
عليهما وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لو كان الراهن
غايبا فانفق المرتهن بقضا القاضي رجع عليه وان كان
حاضرا لم يرجع وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين بنا على اختلافهم
في الحجر على الحر فان عندهما للقاضي ولاية الحجر فاله
ونعرف القاضي على الحاضر بمنزلة الحجر فصل
اذا رهن رجلان بدين عليهما رهنا واحدا فهو جايز والرهن
رهن بكل الدين لانه لم يظهر الشيوع في القبض فتفرق
الاملاك لا يوجب الشيوع فان رهن ملك الغير يجوز باذن
المالك والرهن رهن بكل الدين لانه رهنه به و
للمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين ويعتبر اتفاق
صفة الرهن ... اختلاف الدينين ولا اتفاقهما حتى
لو رهن بدين واحد عينا في صفقتين لم يجز لان عند اختلاف
الصفقة يظهر الشيوع المانع ولو ارتهن رجلان من رجل
بدين لهما عليه وهما شريكان فيه او لا شركة بينهما فهو جايز
لانه اضاف الرهن الى الكل ولم يظهر الشيوع ولو قضى
احدهما دينه كان للاخر ان يمسكه كله حتى يستوفي دينه
بمنزلة حبس المبيع **باب**
الرهن يكون منه النماء كل ما يتولد من الرهن كالثمرة
والولد والصوف فهو رهن مع الاصل يحبسه حتى يستوفي تمام
الدين

وقال الشافعي النماء ليس برهن لان عنده لم يثبت في الرهن
حق حتى يسري الى التبع لان حكم الرهن كونه احق ببيعه
وانه ليس وصفا في المحل وعندنا يثبت حكم الرهن وهو كونه
مستحق الحبس لان حكمه استحقاق حبسه وانه وصف
شرعي فيسري الى الولد كالملك فصار رهنا تبعا كولد
المبيعة مبيع تبعا ولهذا لم يكن له حصة من الضمان ما دام
تبعا فاذا صار اصلا بالفكاك صارت له حصة حينئذ
كولد المبيع يصير له حصة من الثمن اذا صار اصلا بالقبض
او الاستهلاك ولو هلك النماء في يد المرتهن لم يسقط شي
من الدين لما بينا ان النماء ليس بمضمون ولو هلك الاصل
وبقي النماء قسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع عليه العقد
وعلى قيمة النماء يوم الفكاك ولا يعتبر نقصان قيمة الرهن
ولا زيادتها في سعر او بدن ويعتبر النقصان والزيادة
في سعر او بدن في حق النماء قبل الانتقال وتفسيره اذا كانت
قيمة الاصل الفا وقيمة الولد الفا فالدين نصفان في الظاهر
فان مات الولد ذهب بغير شي لانه غير مضمون وبقيت الام
بجميع الدين ولو ماتت وبقي الولد افتكه بنصف الدين
فان هلك الولد بعد موت الام ذهب بغير شي وصار كانه
لم يكن وذهب كل الدين بموت الام ولو لم يمت واحد منهما
ولكن نقصت قيمة الام بالسعر او البدن او ازدادت والولد
يساوي الفا على حاله فالدين نصفان ولا يتغير عما كان لما
ذكرنا من الاصل ولو كانت الام على حالها وتغيرت قيمة
الولد فصارت الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في

٥١

الام حتى لو هلكت الام بقي الولد بثلثي الدين ولو كانت الام
ولدت ولدا وقيمتهما سواء ثم اعورت الام بعد الولادة او
كانت اعورت قبلها ذهب من الدين ربعه لانه اذا كان
قيمتهما سواء انقسم الدين عليهما نصفين ظاهرا وكان في
الام نصفه فقد سقط بالاعورار نصفه وهو الربع من الكل
هذا ظاهر فيما اذا اعورت بعد الولادة وانما الاشكال في
اعورارها قبلها لان كل الدين كان فيها حالة الاعورار
فسقط نصفه فانقسم النصف الباقي عليهما اثلاثا كما اذا باع
جارية قيمتها الف فاعورت فولدت ولدا قيمته الف سقط
نصف الثمن وينقسم الباقي عليهما اثلاثا لكن الفرق بينهما وهو
ان بالاعورار صار مستوفيا نصف الدين والاستيفاء يلحقه
النقض ولهذا اذا قبض زيوفا يصير مستوفيا فاذا رده ينتقض
فاذا ولدت انتقض الاستيفاء بخلاف البيع فان بالاعورار
انفسخ العقد في النصف والمنفسخ لا يعود فان مات الولد
ذهب باعورار الام نصف الدين لما بينا ولو اعور الولد تغيرت
القسمة ولم يسقط باعورار الولد شي واذا ولدت المرهونة
ولدين او ثلاثة معا او متفرقا فذلك سواء يقسم الدين على
قيمتها يوم العقد وعلى قيمتهم يوم الفكاك لان الكل نماء
الرهن فيكون رهنا فيقسم الدين عليهما ولو ولدت ولدا ثم
ولد الولد ولدا فكلاهما في الحكم ولدان يقسم الدين عليها
وعليهما ولا يقسم اولا على الام وولدها ثم ما اصاب الولد يقسم
عليه وعلى ولده لان ولده ما لم يصر مضمونا حتى يتبعه الولد
ولو ولدت ولدا يساوي الفا وقيمتها الف فزاد الراهن مع

الولد في حكمه

الولد عبدا يساوي الفا فان لكل جانب مرهون مع الولد خاصة
لانه جعل زيادة في الولد فيختص به لان الثبوت بانبانه
ولا تدخل الزيادة مع الام حتى لو هلك الولد بطلت الزيادة
لانها تبع للولد والولد خرج عن كونه رهنا بالهلاك فكذا
الزيادة ولو كانت الزيادة مع الام صح ايضا ويقسم الدين
على قيمة الام يوم العقد وعلى الزيادة يوم القبض نصفين لما
بينا ان الزيادة تثبت على الوجه الذي اشترطا وقد اشترطا على
الام فيقسم الدين على الام وعلى الزيادة نصفين فما اصاب
الام يقسم عليها وعلى ولدها فان ماتت الام وبقي الولد والزيادة
نما فيهما وهلك ثلثة ارباع الدين لان الرهن لا ينفسخ في الام
بهلاكها بل يبقى فيتقرر حكمه فيبقى في الزيادة والولد فان
مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شي لانه غير مضمون

باب

تسليم الرهن عند قبض المال هـ اذا طلب المرتهن دينه يقال
له احضر الرهن لجواز ان يهلك قبل التسليم فيسقط الدين فيحتاج
الى رد ما قبض بخلاف ما اذا كان الرهن في يد عدل او في يد
المرتهن لكن بقي الراهن في بلد اخر فطالبه بدينه لا يؤمر باحضار
الرهن لانه ليس له ان ياخذ من يد العدل ولو اخذ يضمن
فلا يكلف شي يصير به ضامنا فكذلك ليس له ان يسافر
بالرهن عند العقد لكن يؤمر الراهن بقضا دينه فاذا
احضر الرهن امر الراهن بتسليم الدين اولا لان الرهن وثيقة
فله ان يستديمها الى ان يستوفي دينه لانه اذا سلم الرهن
اولا يمكن الجانبان يموت الراهن في الحال فيصير المرتهن

السادس

اسوة الغرما فيه وانه اضرار به وعلى هذا البائع اذا طلب
الثمن قبل ان احضر المبيع فاذا احضره امر المشتري بتسليم
الثمن اولا ولو كان الراهن مسلطا على بيعه فباعه بما يه
دينار ثم طالب لا بد بنيه امر باحضار الدنانير وكذلك اذا
قتل الرهن وقضي بالدية من الدنانير فقبضها ثم طلب دينه
امر باحضار ما قبض لان الدنانير قايمة مقام الرهن فتاخذ
حكمه في الاحضار وان ادعى الراهن الهلاك وانكر
المرتهن حلف على البتات لانه يدعي عليه الاستيفا بفعله
وهو فعل السابق وهو ينكره فيحلفه على البتات بخلاف
ما اذا كان الرهن في يد عدل فاختلفا في الهلاك حيث
يحلف المرتهن على علمه لانه يدعي الاستيفا بفعل غيره وهو
العدل فلا يحلف على البتات هـ

باب

جناية الرهن هـ اذا قتل العبد المرهون قتيلا خطا يقال
للمرتهن افد العبد من الجناية لانه صار مشغولا بالجناية
في ضمان المرتهن فعليه طلب تفريغه ولانه لو خوطب الراهن
ابتدا فدفع او فدا ابطل حق المرتهن والراهن لا يرضى بذلك
فيخاطب اولا هو بالفدا فاذا فدا كان دينه على حاله لانه
فرغ المحل ولا يرجع على الراهن بشي من الفدا لانه غير مضطر
في ذلك لانه كان له ان يفدي وليس للمرتهن ان يدفع العبد
لانه لا يملكه وانه لا يملكه واذا ابى المرتهن ان يفدي قيل
للراهن ادفع العبد او افده بالدية لانه المالك فيطالب بحكم
جنايته ملكه وهو التخيير بين الدفع والفدا الا ان المرتهن

انما بدئ بالخطاب لكيلا يودي الى ابطال حقه فاذا رضي به
خوطب المولى وايهما فعل سقط الدين اذا دفع فقد صار
مستحقا بجنايته في ضمان المرتهن وصار كالهالك واما اذا
فدا فقد استخلصه لنفسه بالفدا فصار كانه اشتراه وبالشرا
بطل حق المرتهن وان لحقه دين باستهلاكه وذلك مستغرق
برقبته فان اداه المرتهن فدينه على حاله لما بينا وان ابى قيل
للراهن بعه في الدين او ادّ دينه فان ادى بطل دين المرتهن
لما بينا انه استخلصه لنفسه بالفدا فصار كالواصل اليه
بعوض وان باع صرف ثمنه الى دين العبد لان دين العبد
مقدم على دين سيده فلان يقدم على دين المرتهن اولى فان
فضل منه شي فان كان دين غريم العبد مثل دين المرتهن
او اكثر بطل دين المرتهن وما فضل للراهن لان الرقبة
استحقت لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهالك وان كان
دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدره لان ذلك
استحق لمعنى في ضمانه وصار كالهالك وما فضل من العبد
يبقى رهنا وان كان ثمن العبد لا يفي بدينه اخذ الثمن
ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق لان الدين تعلق برقبته
وقد استوفيت بالسيد فابدلهم فيتاخر الباقي الى عتقه فاذا
ادى بعد العتق لا يرجع على احد لانه ضمن بفعله فلا يرجع
على غيره ولو كانت قيمة العبد الفين فهما افديا ويكون
عليهما نصفين لان نصفه مضمون ونصفه امانة فينقسم الضمان
عليهما وان اجتمعا على الدفع بطل دين المرتهن والدفع من المرتهن
لا يتحقق لانه تمليك لكن يجوز به من الرضا لدفع الراهن

[illegible]

فان قال المرتهن انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن
ان يفديه لان بالدفع يبطل حق المرتهن في الحبس فله ان
يستديمه بالفدا وليس فيه اضرار بالراهن ويكون متطوعا
في حصة الامانة لانه غير مضطر في الفدا لانه يقدر
ان لا يلتزم ذلك حتى يخاطب الراهن بالدفع او الفدا وان
قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فللراهن
ان يفديه لان المرتهن لا يملك الدفع بالامر وليس له غرض
صحيح في دفعه لان دينه يسقط في الحالين وفيه تفويت
غرض الراهن وهو استبقا ملكه فللراهن ان يفديه ويحتسب
على المرتهن نصف الفدا من دينه لان سقوط دينه لازم فلم
يعد المرتهن متطوعا في الفدا فان كان نصف الفدا مثل الدين
او اكثر بطل الدين لانه وجب له مثل ما وجب عليه فتقاصا
وان كان اقل سقط قدر نصف الفدا لان المقاصة وقعت
بذلك القدر وكان العبد رهنا بما بقي وان فداه المرتهن
والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غايبا لم يكن متطوعا
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن المرتهن
متطوع حاضرا كان الراهن او غايبا لانه قضى دين غيره
بغير امره فلا يرجع عليه كالاجنبي قلنا اذا كان غايبا
فهو مضطر في الفدا لانه لا يمكن اصلاح قدر المضمون الا باصلاح
الامانة لانه لا يمكنه ان يخاطب الغايب بخلاف ما اذا كان
حاضرا فانه غير مضطر في الفدا لانه يمكنه مخاطبة الحاضر
واذا ولدت المرهونة ولدا فقتل الولد انسانا خطا فلا ضمان
على المرتهن لان جنايته ما حصلت في ضمانه لانه غير مضمون

عليه وضمانه على الراهن يخير بين الدفع والفداء لانه المالك فان
فدا فهو رهن مع رامه لانه طهره وان اختار الدفع فقال المرتهن
انا افدي فله ذلك الا انه له الحق حبسه فله ان يستديمه ولذلك
اذا استهلك مال انسان خوطب الراهن بالبيع او اداء الدين

باب

جناية الرهن بعضه على بعض اذا رهن عبدين في صفقة واحدة
فجنى احدهما على الاخر فهذا على اربعة اقسام جناية الفارغ
على الفارغ وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ
على المشغول وجناية المشغول على المشغول والكل هدر
الا في فصل واحد وهو جناية الفارغ على المشغول فانها تعتبر
لانها تفيد وتنتقل ما في المشغول من الدين الى الفارغ فيكون
رهنا مكانه وهذه فائدته اما جناية الفارغ على الفارغ لا
يمكن اعتبارها في حق الراهن لانهما ملكه فلو وجب
لم عليه وانه لا يفيد وكذا في حق المرتهن لان حقه لم يتعلق
بالفارغ فلا يعتبر الجناية لحقه وكذا جناية المشغول على
المشغول لا يفيد اعتبارها في حق المولى لما بينا وكذا في حق
المرتهن لان كل واحد منهما مشغول وكذا في جناية المشغول
على الفارغ بخلاف جناية الفارغ على المشغول فان اعتبارها
مفيد في حق المرتهن لما بينا ولو رهن عبدين في صفقتين فان
كان فيهما فضل على الدين فقتل احدهما الاخر تثبت حكم الجناية
وقيل للراهن ادفع القاتل مكان المقتول لان اعتبارها مفيد
لان الرهن اذا كان في صفقتين ولهما فضل كان الحق المتعلق
احدهما غير المتعلق بالاخر فصار كالرهن بين رجلين بخلاف

ما اذا رهنهما في صفقة واحدة لان المتعلق باحدهما هو المتعلق
بالاخر ولهذا اذا ادى حصة احدهما ليس له ان يقبضه بخلاف
ما اذا لم يكن فيهما فضل على الدين حيث لا يثبت حكم
الجناية ويسقط ما في المجني عليه كذا روي عن ابي حنيفة
لان اعتبار الجناية لا يفيد ولو رهن عبدين قيمة كل واحد
منهما الف بالف فقتل احدهما الاخر او جنى جناية فيما دون النفس
فله ارشهما او كثر لم يعتبر الجناية ويسقط دين المجني عليه
بقدره لان المشغول جنى على المشغول فيهدر ولو كان
رهنا بالف فقتل احدهما الاخر فلا دفع لانهما ملك واحد ولا فدا
لانه لو فدا رجع به على المرتهن ويكون القاتل رهنا بسبع
مائة وخمسين لان نصف كل واحد منهما مشغول ونصفه فارغ
وقد جنى نصف المشغول ونصف الفارغ على نصف المشغول
ونصف الفارغ فما كان من جناية المشغول على المشغول
فهدر وكذا من جناية المشغول على الفارغ وما كان من جناية
الفارغ على المشغول يعتبر فينتقل ما في المشغول الى الفارغ
وهو مائتان فينضم الى ما فيه وهو خمسمائة فيصير سبع مائة
وخمسين ولو فقا احدهما عين الاخر سقط نصف ما فيه من
الدين لان بالفقا هلك نصفه فيسقط نصف ما فيه وهو
مائتان وخمسون ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين و
ينتقل من ذلك نصفه الى الفاقي وهو مائة وخمسة وعشرون
لان الفاقي جنى على هذا النصف المفقود عينه ونصف الفاقي
فارغ ونصفه مشغول وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط
من الدين بقدره وجناية الفارغ على المشغول معتبر فينتقل الى

الفارغ وهو ماية وخمسة وعشرون فيضم ذلك الى ما فيه وهو خمسماية
فيصير ستماية وخمسة وعشرين ولو رهن عبدين كل واحد منهما
بخمس ماية على حدة وقيمة كل واحد منهما الف فقتل احدهما
صاحبه فانه يخير الراهن والمرتهن لان الصفقة اذا
تفرقت صار كالرهن من رجلين لما بينا ان المتعلق باحدهما
غير المتعلق بالاخر فان شا جعل القاتل مكان المقتول
ويبطل ما في القاتل من الدين وان شا افديا القاتل بقيمة
المقتول نصفين فكان الفدا رهنا مكانه والقاتل رهن
بحاله ولو فقا احدهما عين الاخر فان دفعا بطل ما فيه من الدين
وان فديا نصفين كان الفدا رهنا مع المفقو عينه لما مر
وان قال المرتهن انا لا افدي وادفع الرهن على حاله فله
ذلك وكان الباقي رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف
ما كان في المفقو عينه بهلاك نصفه وان قال الراهن
انا افدي وقال المرتهن لا افدي كان للراهن ان يفديه ولو
كانت قيمة كل واحد منهما الفا وهما رهن بالفين في صفقتين
فقتل احدهما صاحبه فالفدا كله على المرتهن لان كله مضمون
ويكون كل الفدا عليه بخلاف ما اذا كان نصفه مضمونا
ونصفه امانة لان المضمون نصفه فحسب فاذا حل الدين دفع
الراهن الفا واخذ عبده ولو كان الرهن حيوانا من غير بني
ادم فجناية بعضها على بعض هدر لقوله عليه السلام العجما
جبار وصار كما ذهب في الذاهب بافة سماوية ولو رهن عبدا
ودابة فجناية الدابة على العبد هدر لما مر وجناية العبد على
الدابة معتبرة حسب جنايته على عبد مثله فصل

جناية العبد الرهن على الراهن في نفسه جناية توجب مالا
وعلى ماله هدر في قولهم لانه لا فايدة في اعتبارها لانه لو وجب
وجب له عليه بخلاف الغصب اذا جنى على مالكه في قول
ابي حنيفة لان المغصوب يملك عند اداء الضمان مستندا
الى وقت الغصب فيظهر ان الجناية وقعت على غير المالك
بخلاف الرهن فانه يهلك على ملك الراهن ولهذا يجب
نفقته عليه فلا يظهر ان الجناية وقعت على غير المالك ولو جنى
على المرتهن فهو هدر في قول ابي حنيفة وعند صاحبيه معتبر
فان شا المرتهن والراهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية
الى المرتهن وهذا الخلاف كالخلاف في جناية الغصب على
الغاصب لهما ان هذه جناية صدرت من ادمي على غير مالكه
وفي اعتبارها فايدة فتعتبر لان المرتهن في تملك العبد عوض
صحيح وان سقط الدين وله ان في اعتبارها ضررا بالمرتهن
لانه يلزمه تخليصه وتطهيره وان قال المرتهن لا اطلب الجناية
فهو رهن على حاله لان الدفع لحقه فاذا رضي بسقوط حقه
بقي رهنا وان جنى على مال المرتهن لا يعتبر بالاتفاق اذا كانت
قيمته والدين سوا لان اعتبارها لا تفيد لان المرتهن
لا يملك العبد وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابي
حنيفة فيه روايتان في رواية يعتبر في مقدار الامانة لانه غير
مضمون عليه فصار كجناية الوديعة على المستودع وفي
رواية اخرى لا يثبت حكم الجناية لانه وان كان امانة
لكن حكم الرهن ثابت فيه وهو الحبس فاشبه المضمون على
وجنايته على ابن الراهن وعلى ابن المرتهن كجنايته على الاجنبي

لان الداعي الى اهدار الجناية اما وقوعها على مالكه او على من هو
في ضمانه وقد تعذر كلا منهما هاهنا هـ **باب**
الرهن يقتل عمدا هـ اذا قتل المرهون عمدا فليس للراهن ان
يقتص حتى يجتمع المرتهن معه فاذا اجتمعا فللراهن القصاص
في قول ابي حنيفة وقال محمد لا يجب القصاص وان اجتمعا وهو
رواية عن ابي يوسف لان الرهن مضاف الى المرتهن يدا والى
الراهن ملكا فاشبه عبد المكاتب اذا قتل عمدا لا يقتص وان
اجتمع المكاتب والمكاتب بخلاف العبد المشترك اذا قتل
عمدا حيث يقتص اذا اجتمعا لان لكل واحد منهما الملك
في نصفه من كل وجه وما هاهنا لكل واحد منهما ملك من وجه
دون وجه فاشبه عبد المكاتب ولنا ان الجناية وردت على
ملك الراهن من كل وجه الا انه لا ينفرد بالقصاص لما فيه
من حق المرتهن ولهذا اذا اخذ القيمة تكون رهنا مكانه
فاذا رضي هو بسقوط حقه يقتص الراهن وقال ابو حنيفة اذا
اختلفا اخذ القيمة وكان رهنا مكانه فان ابطل القاضي
القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان القصاص
بطل بالقضاء فلا يعود ولو قتل العبد المرهون رجلا عمدا او قتل
الراهن او المرتهن عمدا اقتل به وبطل الدين لان ملك الغير
وحقه لا يمنعان القصاص **باب**
الرهن يجني عليه وهو رهن هـ اذا اتلف انسان رهنا فقبض
المرتهن قيمته كانت رهنا في يده لان الواجب وان كان
ضمان دم ولا حق له فيه الا ان السيد يستحقه بسبب ماليته
فيأخذ حكم المالية في حقه وحق المرتهن متعلق بماليته فكذا

بما يقوم مقامها وعلى المتلف قيمته يوم اتلف حتى انه لو كانت
قيمته يوم الرهن الفا ويوم الاتلاف خمسمائة يسقط من الدين
خمسمائة ويضمن المتلف خمسمائة ولو اتلفه المرتهن والدين
مؤجل غرم قيمته وكانت رهنا في يده حتى يحل لانه هلك
في ضمانه ولو كانت القيمة يوم الرهن مثل الدين الفا فنقصت
بسبب السعر خمسمائة ضمن بالاتلاف خمسمائة وان كانت
قيمته الفا وهو رهن بالالف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به
فالعبد الجاني بجميع الدين ويجبر الراهن على افتكاكه في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يخير الراهن فان شاء
افتكه بكل الدين وان شاء تركه عند المرتهن بالدين و
قال زفر يفتكه بقدر قيمته ويسقط باقي الدين وكذلك
لو كان العبد الرهن نقص في السعر والمسألة بحالها بدليل
به اذا قتله عبد قيمته مائة بعد ما انتقص في السعر ودفع
به فهو على هذا الاختلاف لزفر العبد لو كان قائما فانتقصت
قيمته بالسعر يبطل من الدين بقدره فكذلك ما قام مقامه
ولمحمد النقصان ما كان لفوات جزء منه بل لتغير السعر فاشبه
العبد المغصوب قتله عبد اخر في يد الغاصب فدفع به وقيمة
القاتل انقص غرم الغاصب قيمة المغصوب كذا هذا ولهما
ان التغير لم يظهر في نفس العبد لان الثاني قائم مقام الاول
لحما ودما فاشبه النقصان بتغير السعر ولو قتل هذا العبد
المرهون بعد ما انتقص سعره غرم قيمته يوم القتل وكانت
رهنا مثلها من الدين ويسقط الباقي في قولهم لان القيمة دراهم
او دنانير فلا يجوز الاستيفاء باكثر منها لانه يؤدي الى الربوا

بخلاف العبد لانه ليس بمال ربوي فيجوز استيفاء كل الدين
منه لانه لا يؤدي الى الربوا **باب**
الرهن يهلك في يدي المرتهن بغير ضمان م اذا ابرأ الراهن
المرتهن من الدين ثم هلك الرهن في يده لم يضمن ان لم يحدث منعا
استحسانا وفي القياس يضمن وهو قول زفر لان القبض
وقع مضمونا فيبقى لان البقاء على نهج الثبوت ولنا ان القبض
وقع مضمونا بالدين وبالابراء سقط الدين فلا يتصور بقاؤه
مضمونا به فاذا بطل الضمان بقي امانة فلا يضمن ما لم يمنع
فان منع ضمن كما في الوديعة ولو رهن بالصداق ثم طلقها
قبل الدخول بها ثم هلك الرهن فلا ضمان عليها في النصف
لان النصف الصداق سقط بالطلاق قبل الدخول فلا يبقى
مضمونا به كما اذا سقط بالابراء وكذلك لو ارتدت قبل
الدخول بها ثم هلك لم يضمن لان بالردة سقط كل المهر فلا
يبقى مضمونا به ولو رهن بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول
بها ليس لها ان تحبس بالمتعة في قول ابي يوسف الاخر فان
هلك الرهن في يدها هلك بغير شيء ما لم تمنع وقال محمد
الرهن بمهر المثل رهن بالمتعة فان هلك في يدها بالمتعة
ولم يذكر في الاصل قول ابي حنيفة وذكره ابو الحسن مع
~~قول ابي حنيفة وذكره ابو الحسن~~ مع قول ابي يوسف لمحمد
المتعة خلف عن مهر المثل لانها تجب بالسبب الذي يجب
به مهر المثل قايمة مقامه وهو حد الخلف والرهن بالشيء رهن
بخلفه ولهذا صار الرهن بالمسلم فيه رهنا براس المال اذا تقايلا
والرهن بالمغصوب رهن بقيمته حتى لو هلك يبقى رهنا

بقيمته لهما ان المتعة ليست بخلف عن مهر المثل لان مهر المثل
يسقط بالطلاق قبل الدخول فينفسخ سببه في حقه فتجب المتعة
حال انعدام سبب مهر المثل بالنكاح حكما اصليا لا خلفا
بخلاف راس المال فانه خلف عن المسلم فيه والمسلم فيه
وان سقط الى خلف فيصير قايما بخلفه ولو اخذ بالمسلم فيه
رهنا ثم تفاسخا السلم كان له ان يحبسه براس المال في قولهم
لما بينا فان هلك الرهن في يده هلك بالطعام لانه وقع رهنا
به فلا يتغير من بعد ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تقايلا
كان للمشتري حبس المبيع حتى يقبض الثمن وكذا لو اخذ
البايع رهنا ثم تقايلا كان له ان يحبس الرهن حتى يقبض
المبيع لان المشتري بعد الاقالة ينزل منزلة البايع
فللبايع ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري بمنزلته
منزلته وهو المشتري والبايع انما يحبس الرهن بعد الاقالة
لقبض المبيع لان الثمن بدل المبيع والرهن به رهن به فان
هلك الرهن في يده هلك بالثمن لان قبضه وقع مضمونا
بالثمن فلا يتغير ولو استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل
به فهلك قبل ان يأخذ في العمل او بعد الفراغ منه هلك
على ضمان الرهن وان هلك حالة العمل هلك بغير ضمان
لان يد الرهن تزول ضرورة ثبوت يد العارية لما بينهما من
التنافي ويد العارية انما يثبت اذا اخذ في العمل فاذا فرغ
منه تزول يد العارية فيعود يد الرهن مضمونا ولو استعار
الراهن من المرتهن ليخدمه او ليعمل له عملا خرج الرهن
من ضمانه حين يقبضه او يستعمله لانه اذا قبض لا يبقى يد

المرهن وكذا اذا استعمله لمنافاة بين يد الرهن ويد المالك
والرهن في العارية في الوجهين جميعا تخرج عن ضمان المرتهن
ولا تخرج عن عقد الرهن لان يد العارية يد امانة ويد المرتهن
يد ضمان وبينهما تناف وليس من ضرورة بطلان الضمان بطلان
العقد فان تم الرهن مرهون وليس بمضمون وكذا اذا اعار
الراهن او المرتهن باذن صاحبه من اجنبي سقط ضمان الرهن
وبقي عقده لما بينا ولكل واحد منهما ان يبطل العارية لانها غير
لازمة وعن ابي يوسف ان الراهن اذا استعار الجارية
المرهونة فماتت في يده يبقى الدين لان بالاعارة خرجت من الضمان
ولو لم تمت لكنها ولدت ولدا يساوي الفا ثم ماتت قبل ان
يفتك الولد فالدين قايم والولد رهن بجميع المال لما بينا ان
عقد الرهن قايم فيثبت حكمه في الولد وكذلك اذا ولدت
الولد بنتا تساوي الفا فهما رهن بجميع المال لانهما بمنزلة ولدين
لها فان ماتا لم يسقط شي من الدين لما مر ان الولد غير مضمون
ولا يفتك الراهن واحدة منهما حتى يودي جميع المال لانهما
مرهونتان ولو هلك الراهن والرهن في يده قايم قبل ان يرده
فالمرتهن احق به من ساير الغرما لما بينا ان بالاعارة يبطل الضمان
دون الرهن وموت الراهن لا يبطل فيبقى ولو اوجب الراهن
للغير حقا في الرهن باذن المرتهن كالاجارة والبيع والهبة
فقد خرج من الرهن ولا يعود الا بعقد جديد لان هذه
عقود لازمة فلا يبقى الرهن مع واحد منها بخلاف العارية
لانها غير لازمة فان مات الراهن كان المرتهن اسوة الغرما
فيه لانه لم يبق رهنا

باب الزيادة في الرهن

اذا ارهن عبدا يساوي الفا بالف ثم زاده في الرهن امة تساوي
الفا فالزيادة جايزة عندهم وذكر القدوري ان عند
زفر لا تجوز الزيادة وهذا الخلاف بنا على الخلاف في الزيادة
على الثمن والمثمن فانها تجوز عندنا خلافا له والمسئلة مرت
في البيوع ويقسم الدين على قيمة الاول يوم قبض وعلى قيمة الزيادة
يوم قبضت لانه يدخل في ضمانه بالقبض فيعتبر قيمة كل
واحد منهما يوم قبض فان كانت قيمة الزيادة خمس مائة وقيمة
الاصل الفا كان ثلث الدين في الزيادة وثلثاه في الاصل
ولو نقص الرهن في يده بان كانت جارية تساوي الفا
فاعورت والدين الف ثم زاد الراهن عبدا يساوي الفا فقد
ذهب بالاعورار نصف الدين وبقي نصفه وهو خمس مائة
فيقسم خمس مائة على قيمة الجارية عورا وعلى الزيادة اثلاثا
ثلثاه في الزيادة وثلثه في الجارية بخلاف ما اذا ولدت بعد
الاعورار ولدا قيمته الف حيث يقسم الدين على قيمتها يوم
القبض وقيمة الولد يوم الفكاك فيقسم ثم يسقط بالاعورار
نصف ما في الام وهو مايتان وخمسون فيبقى للام مع الولد
ثلثة ارباع الدين لان الولد متفرع من الام فيجعل كالموجود
لدى العقد بخلاف الزيادة فانها غير متفرعة منها فلا تجعل
كالموجودة لدى العقد وكذلك لو كان قبض الراهن
المرتهن خمس مائة ثم زاد في الرهن عبدا قيمته الف فهلك الزايد
تلحق بالخمس المائة الباقية فتقسم على نصف قيمة الرهن وهو
خمس مائة وعلى الزيادة اثلاثا لان بالقصاص سقط نصف
الدين كما يسقط بالاعورار فيبقى نصفها مضمونا بخمسمائة

فيقسم الخمسمائة على قيمة نصفها وقيمة كل الزيادة اثلاثا لان
قيمة الزيادة مثلي قيمة نصف الجارية وان اعورت الجارية
قبل ان يزيد ثم زاد قسم مائتان وخمسون على نصف الامة
عورا وعلى الزيادة على خمسة اسهم اربعة منها في الزيادة وسهم
في الامة العورا لان بالاعورار سقط نصف الباقي من الدين
وهي خمسمائة فبقي نصفها وهو مائتان وخمسون فيقسم مائتان
وخمسون على قيمة نصف الامة عورا وعلى قيمة الزيادة على
خمسة اسهم لان قيمة نصفها عورا مائتان خمسون وقيمة الزيادة
الف والالف اربع مرات مائتان وخمسون فيصيب العورا
سهم من خمسة والزيادة اربعة اسهم ولو ولدت الجارية المرهونة
ولدا قيمته الف ثم زاد عبدا قيمته الف فالعبد رهن بنصف
الدين ولا يحتسب بالولد لان الحكم يثبت في الولد بطريق السراية
وفي الزيادة بطريق الالتحاق بالعقد فيصير كالموجود لدى
العقد فيقسم الدين على الامة والزيادة نصفين فما اصاب
الام وهو النصف يقسم على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد
يوم الفكاك فلهذا لا يحتسب بالولد ولا يلتفت الى موت
الولد ونقصانه وزيادته في قيمته في حق الزيادة لان الحكم
لا يتغير في حق الزيادة بذلك وكذا اذا ولد هذا الولد ولدا
فالحكم لا يتغير في حق العبد الزيادة وكذلك لو زاده قبل حدوث
الولد ولو زاد لم يرهن الراهن في الدين على ان يكون رهنا
بالاول وزيادة لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز وهو يقيسه بالزيادة على الرهن لان كل واحد منهما يلتحق
باصل العقد لما التحاقها هاهنا لا يصح لان الزيادة

يجب بالمداينة لا بعقد الرهن فلا يمكن اثباته زيادة في حق
الرهن ولو ولدت الامة المرهونة ولدا ثم مات ثم زاده الراهن
عبدا قيمته الف فالولد والعبد رهنان جميعا بخمسمائة لانه
زيادة على الولد لان الام لم تكن قائمة وقت الزيادة فان
مات الولد اخذ العبد بغير شي لانه بالموت جعل كأن لم
يكن وظهر ان الدين لم يكن فيه وان الزيادة عليه لم تصح
ولو مات العبد الزيادة بعد موت الولد في يدي المرتهن لم
يكن عليه من ضمان ذلك قليل ولا كثير لانه ظهر انه لم يكن
رهنا وعن ابي حنيفة اذا ولدت الامة المرهونة ولدا ثم باع
الغائم ان الراهن زاد غلاما وقال هذه زيادة لك مع الام
بهذا الشرط ضايع لان بدون الشرط يقع زيادة على الام و
زاده مع الولد فهذه زيادة في الولد خاصة لان هذا الشرط مفيد
فان هلك الولد لم يكن الغلام رهنا وان هلك بعد ذلك
هلك بغير شي لما بينا اهـ

باب رهن الفضة بالفضة

الاصل فيه ان الرهن متى هلك وهو من جنس دينه هلك بالدين
وصار مستوفيا لحقه باعتبار الوزن دون القيمة عند ابي
حنيفة لان الثابت له على الرهن يد الاستيفاء فلو جعلناه مستوفيا
بالقيمة لصار مستوفيا من محل اخر حتى انه لا يمكن الا بتقض قبضه
ولا يمكن نقضه لان يد الاستيفاء قد تناهت وتاكدت في كل
عند صاحبه الا اذا ادى الى ضرر باحدهما او الى الربوا فحينئذ
يضمن قيمته من خلاف جنسه وقيل هذا الخلاف بناء على الخلاف
في مسئلة ذكرها في الصرف وهو ان الرجل اذا كانت له على

اخذ دراهم جيادا فقبض الزيوف وانفقها ثم علم بها رد زيوفا مثلها
ويقبض الجياد عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ومحمد
للفقه الذي ذكرنا فابو حنيفة مر على اصله وكذا ابو يوسف
ومحمد فرق وقال ثم القبض وقع لاستيفا حقه من عينه
والزيافة لا تمنع صحة الاستيفا وفي الرهن وقع للاستيفا
من غيره لكن لا بد من نقض قبضه وامكن ذلك بالدا
المثل واذا انكسر الرهن عند ابي حنيفة وابي يوسف
يضمن القيمة ولا بد بان الجعل بالدين حالة الانكسار ومحمد
يجعله بالدين اذا لم يكن فيه ضرر بالراهن والمرتهن ولا
يؤدي الى الربوا لان الرهن مضمون فلا يخلو اما ان يكون
مضمونا بالقيمة او الدين فجعلناه مضمونا بالدين لانهما تراضيا
به ثم عنده ان دخل النقصان في الامانة لا يعتبر ويجبر على
الافتكاك بالدين لان الامانة تبع للمضمون والجودة تبع
للاصل فصرف التبع الى التبع اولى وان دخل النقصان في
المضمون يخير ان شا افتكه بجميع الدين وان شا جعله
بالدين ولا يجبر لان في الاجبار على الافتكاك ضررا ويخير
لان المضمون بالعقد قد تغير وانه يوجب التخيير ولنا ان
الجعل بالدين من احكام الجاهلية وقد انفسخ بقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن بخلاف حالة الهلاك لان الرهن غير قايم فلا
يؤدي الى ذلك واما التضمين بالقيمة فمشروع وبهذا انا الحقنا
عليه في حالة الافضا الى الصرف والربوا والجودة مضمونة
عند ابي يوسف كالوزن لانها مال متقوم فيجب اعتبارها ما
امكن وقد امكن فانها اعتبرت من الثلث في حق المريض

وفي حق الغاصب فاذا عرفنا هذا نقول مسايل الباب اقسام
ثلثة احدها ان يكون وزنه مثل الدين وهذا الوجه على ثلثة
اوجه احدها ان يكون قيمة الرهن مثل وزنه والثاني ان
يكون قيمته دون وزنه والثالث ان يكون قيمته اكثر من
وزنه وكل وجه على وجهين اما ان يهلك او ينكسر
فان كان قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بالاتفاق
لان ابا حنيفة يعتبر الوزن وهما في الجودة والقيمة سوا و
ان انكسر ضمن القيمة في قول ابي حنيفة وابي يوسف
لانهما لا بد بان الجعل بالدين حالة الانكسار وعند محمد
جعل بالدين لما مر وان كان قيمته اقل من وزنه بان
كان ثمنية فان هلك يهلك بالدين عند ابي حنيفة
لانه يعتبر الوزن وهما في الوزن سوا وعندهما يضمن
القيمة من خلاف جنسه لانهما يعتبران الجودة ولا مساواة
بينهما فيها ويرجع بحقه وان انكسر يضمن القيمة بالاتفاق
اما عندهما فظاهر لانهما لا بد بان الجعل بالدين ومحمد وان
كان يرى ذلك لكن اذا لم يؤد الى الربوا او الضرر وهنا
يؤدي الى الاضرار بالمرتهن لانه ياخذ الردي بالجيد
فليهدر او انقص منها وان كانت اكثر من وزنه بان كانت
اثني عشر فان هلك بالدين عند ابي حنيفة ومحمد اما
عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن وهما في الوزن سوا واما
عند محمد فلان زيادة الجودة امانة كزيادة القدر وقال ابو
يوسف يضمن المرتهن خمسة اسداس القلب من الذهب يرهن
بدينه لان الزيادة عنده مضمونة كالوزن لما بينا وانما

ثابعة وان انكسر فبقيت قيمته احد عشر او عشرة او
اقل من ذلك ضمن القيمة عند ابي حنيفة واحدى الروايتين
عن ابي يوسف لانه لا يرى الجعل بالدين اصلا وقال
محمد ان نقص من القيمة درهم او درهمان فلا ضمان على
المرتهن وان كان النقصان اكثر من ذلك فله ان يجعل
الدين وان شاء افتكه لما بينا ان عنده ان النقصان
اذا لم يزد على الامانة لا يعتبر وان زاد على الامانة اعتبر
وتخير القسم الثاني ان يكون وزن الرهن اقل من
الدين فهذا على اربعة اوجه احدها ان يكون قيمته اقل من
وزنه نحو ان كان وزنه ثمانية وقيمته ستة فان هلك
هلك بثمانية عند ابي حنيفة اعتبارا الوزن وعندهما
يضمن القيمة من خلاف الجنس لان في اعتبار الوزن
ضرر وان انكسر ضمن القيمة بالاتفاق اما على قولهما فظاهر
لانهما لا يريان الجعل بالدين حالة الانكسار وكذا عند محمد
لان جعله بالدين ها هنا يؤدي الى الضرر لان قيمته
دون وزنه والثاني ان يكون قيمته مثل وزنه فان هلك
هلك بمثل وزنه في قولهم لانهما تساويا في الوزن والقيمة
ويرجع بالدرهمين وان انكسر ضمن القيمة في قول ابي حنيفة
وابي يوسف لانهما لا يريان الجعل بالدين حالة قيام الرهن
وقال محمد له ان يجعله بمثل وزنه من الدين وهي ثمانية لانه يرى
الجعل بالدين اذا لم يؤد الى الضرر ولا الى الربوا والثالث ان
يكون قيمته اكثر من وزنه بان كانت تسعة او عشرة فان هلك
هلك بقدر وزنه ثمانية عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن

عند

وعندهما يضمن القيمة لانهما يعتبران الجودة زائدا ما ساواه في
وان انكسر ضمن القيمة في قولهم اما على قولهما فظاهر لانهما
لا يريان الجعل بالدين وكذا عند محمد لانه يؤدي الى
الضرر والرابع ان يكون قيمته اكثر من الدين بان كانت
اثني عشر فان هلك هلك بثمانية في قول ابي حنيفة اعتبارا
بالوزن وقال ابو يوسف يضمن خمسة اسداسه لان عنده
الجودة مضمونة كالوزن وصار كان الرهن قلبا وزنه اثنا
عشر بعشرة وان انكسر فجميعه مضمون عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف يضمن خمسة الاسداس لما بينا وعند محمد
يصرف النقصان الى الامانة فان زاد النقصان عليها
جعله بالدين ان شاء لما مهدنا من اصله القسم الثالث ان
يكون وزنه اكثر من الدين ان كان اثني عشر فهذا القسم
على خمسة اوجه وكل وجه على وجهين فالوجه الاول ان
يكون قيمته مثل وزنه فهلك يسقط الدين لان في وزنه وقيمته
وفاء الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بالاتفاق وان
انكسر ضمن خمسة اسداسه في قول ابي حنيفة وابي يوسف
لانهما لا يريان الجعل بالدين حالة الانكسار وعند محمد له ان
يجعل خمسة اسداسه بالدين لانه يرى ذلك اذا لم يؤد الى
الضرر والربوا الوجه الثاني ان يكون قيمته اقل من وزنه
واكثر من الدين بان كانت احد عشر ان هلك سقط
الدين بخمسة اخماسه والزيادة امانة في قول ابي حنيفة ولا
رواية في هذا الفصل عنهما وان انكسر ضمن خمسة الاسداس
في قولهم اما على قولهما فظاهر لانهما لا يريان الجعل بالدين

وكذا عند محمد لان الجعل بالدين يؤدي الى الربا ههنا
والوجه الثالث ان تكون قيمته مثل الدين عشرة فان هلك ملكه
خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة اعتبارا بالوزن و
عندهما يضمن خمسة اسداسه لما بينا ويرجع بخمسه ولو انكسر
يضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة لانه لا يرى الجعل
بالدين ويعتبر الوزن وعندهما يغرم القيمة في الحالين
الوجه الرابع ان تكون قيمته اقل من الدين بان كانت
ثمانية فان هلك ذهب خمسة اسداسه بالدين في قول
ابي حنيفة اعتبارا بالوزن وعندهما يغرم القيمة في الحالين
وان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة لانه لا يرى
الجعل بالدين الوجه الخامس ان تكون قيمته خمسة عشر
فان هلك هلك خمسة اسداسه بالدين في قول ابي حنيفة
اعتبارا بالوزن وان انكسر ضمن خمسة اسداسه لانه لا يرى
الجعل بالدين وكل موضع يضمن المرتهن بعض القلب
يملك ما ضمن ويصير شريكا فعلى الرواية التي قال ان
الشيوع يبطل الرهن يقطع القلب ويرده حتى لا يبطل
الرهن في الباقي ويكون الباقي مع القيمة التي غرم
رهنا وعلى الرواية التي قال بان الشيوع لا يمنع البقاء لا
يحتاج الى القطع ه

باب الرجل يستعير الرهن ه

اذا استعار شيئا ليرهنه بدين
عليه فذلك جائز لان الرهن ايفاء فصار كما لو امره بقضاء
دينه من ماله فانه جائز كذا ههنا فان اطلق ولم يسم
ما يرهنه به فله ان يرهنه بالقليل والكثير عملا

السابع

باطلاقه ولو سمى له قدرا لم يجز ان يرهنه باكثر من ذلك ولا
باقل ما سمى لان التقييد مفيد لان المعير يحتاج الى
افتكاكه وقد يتعذر عليه الافتكاك بالكثير والرهن
يصير مضمونا اذا رهن وهو لم يرض بكونه امانة فكان
التقييد مفيدا في الاقل وكذلك اذا سمى جنسا لم يجز
ان يرهنه بجنس اخر لان الافتكاك قد يسهل بجنس دون
جنس وكذا بنوع دون نوع فكان التقييد مفيدا فان خالف
في القدر او الصنف الذي سمى فهو ضامن لقيمة الثوب
لانه تصرف في ملك غيره بغير اذنه فيضمن وللمعير ان
ياخذه من يد المرتهن لان العارية غير لازمة وكذلك
لو استعاره ليرهنه عند انسان بعينه فرهنه عند غيره
لان الافتكاك يسهل من شخص ويعسر من غيره وكذلك
اذا استعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة كان ضامنا
لان الافتكاك قد يسهل في مكان دون مكان
ولو قبض المستعير العارية فهلك عند المستعير قبل ان يرهنها
او بعد ما افتكها فلا ضمان عليه لان العارية امانة
وانما تصير مضمونة بقبض الرهن فقبله تكون امانة
وكذا اذا زال يد الرهن يعود امانة ولو هلك في
يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي اذن فيه ضمن الراهن
للمعير قدر ما سقط عنه بهلاك الرهن من الدين وكذلك
لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن لذلك
القدر لان ذلك القدر يسقط عنه بالهلاك والنقصان
فلو عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك

رجع بقدره اذا كان يهلك الدين به ولا يرجع باكثر منه نحو
ان كانت قيمة الرهن الفا رهنه بالفين فافتكه المالك
بالفين لم يرجع على الراهن باكثر من الف لانه انما يضمن
باعتبار الاستيفا فصار كان المستعير امر المعير بقضا
دينه من الوديعة التي في يده فانه يضمن له بقدر ما قضا
ولا يرجع باكثر منه لان الضمان على الراهن باعتبار الايفا
وهو قد ثبت بالاستيفا على هذا القدر فلا يضمن اكثر
منه ويكون هو متبرعا في الزيادة ولا يقال لا يمكنه تخليص
ملكه الا باداء جميع الدين فلا يكون متبرعا لما بينا
ان الضمان يجب باعتبار الايفا من ملكه فيتقدر بقدره
وليس للمرتهن ان يمتنع من قبض الدين من المالك ويجبر
على ان يقبض ويسلم الرهن لان للمعير ان يقضي دين
المستعير لتخليص ملكه فلم يكن للمرتهن الامتناع عن
القبض ولو اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن
فقال المالك هلك في يدي المرتهن وقال المستعير
هلك قبل ان رهنته او بعد ان افتككته فالقول قول
الراهن مع يمينه لانه ينكر الايفا بملكه فكان منكرا
للضمان معنى فكان القول قوله مع يمينه ولو وكل الراهن
بقبض الرهن من المرتهن واحدا من عياله لم يضمن وان
لم يكن في عياله ضمن لان للمستعير ان يحفظ العارية
بيد من هو في عياله وليس له ان يحفظها بيد غيرهم وليس
للمستعير ان ينتفع بالرهن ولا يستعمله في شيء قبل الرهن
ولا بعد الافتكاك لان الاذن من المالك وجد في الرهن

[illegible]

خاصة فان فعل ضمن لانه تصرف بغير اذن المالك ولو
استعمله قبل ان يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برئ من
الضمان حين رهنه لانه بالرهن عاد الى الوفاق فيبرئ
عن الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق
وليس هذا كالمستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق حيث
لا يبرأ عن الضمان لان يد المستعير ليست بيد نيابة
عن المالك لان قبضه وقع لنفسه والاذن بالقبض ضرورة
الانتفاع بالعين فلا يظهر فيما يعود الى النيابة بخلاف
يد المودع فانها يد نيابة مطلقة

باب اختلاف الراهن والمرتهن

اذا ادعى الراهن انه
رهن بخمسماية والمرتهن بالف فالقول قول الراهن مع
يمينه لان تعلق حق المرتهن بالرهن يستفاد من جهة
الراهن فكان القول قوله في قدره ولو قال الراهن رهنته
بجميع الدين الذي لك علي وهو الف والرهن يساوي
ذلك وقال المرتهن ارتهنته بخمس ماية والرهن قائم فقد
روي عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان
لان الاختلاف وقع في المعقود عليه حال قيامه فيتحالفان
كما في البيع فان هلك الرهن قبل التحالف كان القول قول
المرتهن لانه ينكر زيادة ضمان عليه فان اتفقا ان الرهن
كان بالف واختلفا في قيمته فالقول قول المرتهن وكذلك
لو كانا ثوبين فهلك احدهما فالقول قول المرتهن في قيمة
الهالك لان قبض المرتهن يرد على قبض الغاصب في
الضمان ثم الغاصب والمالك اذا اختلفا في قيمة المغصوب

كان القول قول الغاصب مع يمينه لانه ينكر زيادة الضمان
عليه وكذا هذا والبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة
القيمة وكذلك المرتهن اذا ادعى انه رهن منه هذا ذين
الثوبين بالف وقال الراهن رهنت احدهما بعينه حلف كل
كل واحد منهما على دعوى الاخر لان الاختلاف وقع في
المعقود عليه حال قيامه ولو اقاما البينة فالبينة بينة
المرتهن وبما رهن بما ادعى كذا ذكر في الاصل لان بينته
تثبت تعلق حقه بمحل ينكره الاخر لانه لا تنافي بين
البينتين اذ من الجائز انه رهن احدهما ثم زاده الاخر وكذلك
لو ادعى كل واحد منهما انه رهن سوى الذي يدعيه الاخر
واقاما البينة فالبينة بينة المرتهن فان قال الراهن هلك
في يدك وقال المرتهن قبضته بعد الرهن فهلك في
يدك فالقول قول الراهن مع يمينه لانهما اتفقا على دخوله
في ضمان المرتهن والمرتهن يدعي البراءة من الضمان والراهن
ينكر فكان القول قوله والبينة ايضا بينته لانها تثبت
ايفاء الدين وبينة المرتهن تنفيه فالمثبتة اولى ولو قال
المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه فالقول قوله
لانه ينكر دخوله في ضمانه والراهن يدعي دخوله في ضمانه
فكانت البينة بينة الراهن ولو قال المرتهن رهنتني هذين
الثوبين وقبضتهما وقال الراهن رهنت احدهما فالقول
قول الراهن لما بينا ان تعلق الحق بالرهن مستفاد من
جهته والبينة بينة المرتهن لانها تثبت تعلق حقه بالمحل الذي
ينفيه الراهن ولو كان الرهن عبدا فعور فقال الراهن

كان قيمته يوم العقد الفا فذهب بالعور خمسمائة وقال
المرتهن كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة فزاد من بعد
ذلك فانما ذهب ربع حقي فالقول قول الراهن لان قيمته حالة
العور الف وانه يصلح حكما فيحكم والبينة بينته لانها
تثبت الايفاء

باب الرهن يجعل مكانه رهنا اخر

هم اذا رهن عبدا
يساوي الفا بالف فجاء بامة فقال خذ هذه مكان العبد ورد
الي العبد فهو جائز لان الرهن في الاول قابل للنقض
فاذا نقضاه ينتقض ولا يسقط ضمان الاول حتى يرده لانه
انما دخل في ضمانه بالقبض فيبقى ببقائه والجارية امانة في
يده حتى يرد العبد لانه رضي بكون احدهما رهنا لا بكونهما فاذا
فعل صارت الجارية مضمونة فان كانت قيمة الاول خمسمائة
وقيمة الثاني الفا والدين الف فهلك يهلك بالالف لان الثاني
صار رهنا وخرج الاول فيعتبر قيمة الثاني وقت قبضه وقيمته
كان الفا وكذلك اذا كانت قيمة الثاني خمسمائة وقيمة
الاول الفا فهلك الثاني في يده يهلك بخمسمائة لان رهنه
مستقل بذاته لا انه قائم مقام الاول لكن توقف كونه رهنا
على رد الاول لما بيناه

باب الرهن يعتقه الراهن

هم الراهن اذا اعتق العبد المرهون
نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وعند الشافعي ان كان
موسرا نفذ وان كان معسرا لا ينفذ لان اعتاقه يبطل حق
المرتهن فيه فلا ينفذ اذا كان معسرا كالبيع المرهون لانه
اصغر انه على وجه لا يجبره وان كان موسرا ينفذ لانه

اصفراره
ط

امكن دفع الضرر بتضمين المعتق لنا ان الاعتاق صادف ملكه
فينفذ لان ملكه في الذات قائم وحق المرتهن مجاور وضرره
المتعدي اليه يمكن دفعه باستسعاء العبد حال اعسار
المعتق لان المالية احتبست عنده كما امكن دفعه بتضمين
المعتق حال يساره وانما يضمن المثل حالة اليسار لان الاضرار
مضاف الى فعله لكن ينظر ان كان الدين حالا يطالب المعتق
باداء الدين لانه لا فائدة في تضمينه القيمة ليقوم مقام
الرهن وان كان مؤجلا يغرم قيمته فيكون رهنا مكانه
لانه تعذر المطالبة بالاداء قبل الوجوب فمست الحاجة الى
تغريم قيمته ليقوم مقام الفائت فيثبت يد الرهن عليها
وان كان المعتق معسرا امر المرتهن ان يستسعي العبد في الاقل
من قيمته ومن الدين لان قيمته اذا كانت اقل فالواصل الى
العبد هذا القدر ولا يلزمه السعاية في اكثر من ذلك وان
كان الدين اقل يسعى فيه لانه هو المضمون بخلاف
المشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض وهو معسر
فلا سعاية عليه وذكر في المنتقى عن ابي يوسف قوله
الاخير انه يسعى فيما سال الرهن وانا نقول الرهن تعلق
به حق الاستيفاء منه لان الثابت يد الاستيفاء فاذا لم يسلم
له ذلك استسعاه بخلاف المبيع فان المتعلق به حق الحبس
لا حق الاستيفاء واذا سعى بعد الاعتاق فاحكامه احكام
الاحرار لانه عتق بالاعتاق ولو اقر المولى انه رهنه من
فلان وكذبه العبد ثم اعتقه وهو معسر لزمته السعاية
لزفر لا يلزمه لان قوله غير مقبول في الايجاب عليه

كما اذا اقر به بعد العتق ولنا انه اقر بتعلق الحق به في وقت يملك
انشاء التعليق به فينفذ اقراره لخلوه عن التهمة بخلاف ما
بعد الاعتاق لانه اقر في زمان لا يملك الانشاء لان ولاية
الانشاء انقطعت بالاعتاق ويرجع بما سعى على المولى لانه
قضى دينه بالزام الشرع فيرجع كالحوالة بخلاف ما اذا كفل
عن مولاه بدينه فقضاه بعد الاعتاق حيث لا يرجع لانها
انعقدت غير موجبة للرجوع لانه حين كفل كان عبدا
فلا يتغير حكمها بالاعتاق ولو دبره صار مدبرا وخرج من
الرهن لانه لم يبق محلا للاستيفاء منه ويسعى والسعاية
في المدبر تخالف السعاية في المعتق من ثلاثة اوجه احدها
ان المدبر يسعى مع يسار المولى والثاني انه لا يرجع على
المولى بما سعى والثالث انه يسعى في الدين بالغا ما بلغ
لان كسب المدبر ملك مولاه فيقع القضاء من ملك المولى
فلهذا لا يرجع ويسعى في حال يساره بخلاف كسب المعتق
فانه ملكه دون معتقه ويسعى في جميع الدين لما بينا وقيل اذا
كان الدين مؤجلا لا يسعى الا في قدر قيمته لانه لا يسعى
لقضاء الدين لانه لم يحل بعد وانما يسعى لاعادة الرهن
الفائت فيسعى في قدر قيمته لتقوم مقامه في الحبس و
لو اعتقه المولى بعد التدبير وقد قضي عليه بالسعاية او لم
يقض لم يسع الا في قدر قيمته لان الاداء بعد الاعتاق لا
يقع من كسب هو ملك المولى وانما يقع من كسب هو
ملك المعتق ولو ولدت المرهونة ولدا فادعاه المولى
فهذا والتدبير سواء فان ولدت بعد ذلك ولدا والام رهن في

موسرا او معسرا لم يكن على الولد الثاني من السعاية شي
لانه لم يدخل في الرهن لانه حين انفصل لم تكن الام رهنا لان
بالدعوة صارت الام ام ولد له فبطل الرهن فيه ضرورة
واما الولد الاول فان كان الراهن معسرا قسم الدين على
قيمة الام والولد فما اصاب الولد سعى في الاقل منه ومن قيمته
لان الولد الاول دخل في الرهن لانه حين انفصل كانت
الام مرهونة وولد المرهونة رهن لان الدعوة متاخرة عن الولادة
فصار كما لو اعتقه بعد ما رهنه فان لم يسعه الولد حتى
مات استسعيت الام في جميع الدين لانه بالموت جعل كان
لم يكن لانه انما ياخذ الحصة باعتبار البقا الى حين الافتكاك
وذكر في الجامع اذا انتقصت قيمة الرهن بالسعر ثم اعتقه
وهو معسر سعى العبد في الاقل من قيمته ومن المضمون لانها
اذا انتقصت لم يصل الى العبد الا قدر قيمته يوم الاعتاق
وان ازدادت قيمته فصارت الفين والدين الفان وحين
رهن كانت قيمته الفا سعى في الالف لان الايفا لا يقع الا
بقدر المضمون وقدر الف واذا انتقص عن الالف سعى في قدر
قيمته لما بينا ولو لم ينقص في السعر لكن قتله عبد قيمته
مائة فدفع مكانه فالثاني رهن بجميع الدين فان اعتقه
الراهن وهو معسر سعى في قيمته مائة لان الواصل اليه هذا
القدر ولو لم يكن كذلك ولكن ولدت ولدا يساوي الفا
فاعتقهما المولى وهو معسر سعيا في الالف لانه قدر
المضمون وكذلك لو لم تلده لكن قتلها عبد قيمته الفان
فدفع بها ثم اعتقه المولى وهو معسر فانه يسعى في الالف

باب
الرهن يتصرف المرتهن فيه باذن الراهن او بغير اذنه
اذا استعمل المرهون باذن الراهن خرج من ضمان الرهن
حالة الاستعمال لما مر في فصل الاستعارة والاعارة
وله ان يرده الى ما كان لان العارية عقد جايز غير لازم
فان رد عاد مضمونا واذا اجاز الراهن ان يفتك الرهن وهو ثوب
فيه خرق فقال الراهن حدث هذا في يدي المرتهن قبل اللبس
او بعده وبعد ما رده الى يد الرهن وقال المرتهن لا بل حدث
هذا حالة اللبس فالقول قول المرتهن لانه ينكر الضمان
والبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو قال الراهن
لم تلبسه ولكن تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول
الراهن لانهما اتفقا على دخوله في ضمان المرتهن لكن المرتهن
يدعي البراة من الضمان والراهن ينكر فكان القول
قوله ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال المرتهن احلب
الشاة واشرب لبنها ففعل فلا ضمان عليه لانه شرب
باذن مالكه وتعليق الاباحة بالغرر والخطر جايز فان ماتت
في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة
الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذ المرتهن
من الراهن لان نما الرهن رهن وقد هلك بتسليط الراهن
فكان هلاكه مضافا اليه فصار كان الراهن هو الذي
شرب اللبن وكذلك ولد الشاة اذا اكله المرتهن باذن
الراهن وكذلك جميع النما لما بينا ولو رهنه خاتما فجعله
في خنصره فهو ضامن واليمين واليسرى في ذلك سوا والاصل

فيه ان المرتهن مأذون في حفظ الرهن دون استعماله فاذا
استعمله بغير اذنه يضمن وجعل الخاتم في الخنصر استعمال له
دون غيره من الاصابع والمرجع فيه العادة لان الناس اعتادوا
التجمل بالجعل في الخنصر دون غيره ويستوي فيه اليمين واليسار
لان الناس مختلفون فيه ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا
بما فيه وان لبس الخاتم فوق الخاتم يرجع الى العادة فان كان
اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل
لا يضمن ولو رهن طيلسانا فلبسه لبسا معتادا ضمن وان
وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهن سيفين او ثلثه فتقلدها
لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين لان المعتاد تقلد
السيفين دون الثلثة

كتاب الشفعة

الشفعة لا تجب الا في العقار خاصة وقال مالك تجب في
السفن كالدور وقلنا هذا قياس في مقابلة الخبر وهو قوله
عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط فلا يكون حجة
ولا تجب الا في المملوك بعوض هو مال متقوم كالعقار المبيع
بالثمن كالدراهم والدنانير وبالعروض والمصالح عليه والموهوب
بشرط عوض هو مال متقوم ولا تجب في الصداق واجرة
المنافع وقال الشافعي تجب لانهما مال متقوم عنده لان التقوم
حكم شرعي والشرع جعل للمستحق بعقد النكاح قيمة والمنافع
اموال متقومة كالاعيان وعندنا ليسا بمال متقوم لان الملك
الثابت المستحق بعقد النكاح صورة ومعنى فلا يصلح قيمة
له لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه الا ان الشرع اثبت له قيمة
بخلاف القياس بانه لخطر البضع فاقتصر على مورده وليست المنافع

بمال متقوم عندنا لكن الشرع اثبت لها القيمة ضرورة حاجة
الناس الى عقد الاجارة ولا ضرورة فيما نحن فيه ولو تزوج
امرأة على دار على ان ترد المرأة اليه الفا فلا شفعة في شيء
من الدار في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تجب الشفعة
في حصة الالف لان حصة الالف عوض هو مال متقوم انا
لا يمكن اثبات الشفعة في حصة الالف الا بالقسمة ولا
يمكن القسمة الا باظهار التقوم المستحق بعقد النكاح
ولا يمكن لان تقومه ضروري ولا ضرورة في الشفعة
وتجب الشفعة في العقار فيما يقسم وفيما لا يقسم كالحمام
والرحا والبير والنهر والدور الصغار وقال الشافعي لا شفعة
فيما لا يقسم لان سبب الشفعة انما شرع لدفع ضرر المقاسمة
وانه لا يتحقق فيما لا يقسم وعندنا شرع لدفع ضرر اذى الدخيل
بسبب سوء العشرة والتعدي في حدود الملك على سبيل
الدوام وانه يتحقق فيما لا يقسم حسب تحققه فيما يقسم ولو كان
في البيع شرط خيار للبائع فلا شفعة فيه لان الشفعة
بناء على انقطاع حق البائع وانه لم يوجد لان خياره يمنع انقطاع
حقه وان اسقط خياره وجبت الشفعة لان المانع قد
زال ولو كان الخيار للمشتري فله الشفعة قبل اسقاط
الخيار لان خيار المشتري لا يمنع انقطاع حق البائع عن
المبيع وخيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة لانهما لا يمنعان
انقطاع حق البائع وخروج المبيع عن ملكه ولا شفعة
في البيع الفاسد ما دام حق البائع في النقض قائما فاذا سقط
حقه في النقض كان للشفيع اخذه بقيمته يوم قبض لانه

ملك بالقيمة يوم القبض وقد انقطع حقه بسقوط حقه
في النقض وحقه في النقض يسقط باتصال الزيادة بالمبيع تمنع
النقض وبزوال ملك المشتري عنه فان باعه بيعا صحيحا
امتنع النقض والشفيع بالخيار انشاء اخذ بالبيع الثاني
بالثمن المذكور وان شاء نقض البيع الثاني واخذ بالبيع
الاول بقيمته وكذلك لو بناه المشتري بطل حق البايع في
النقض في قول ابي حنيفة وللشفيع الشفعة وقال ابو يوسف
ومحمد لا يبطل حق البايع ولا يثبت الشفعة وكل ما ملك بغير
بدل كالهبة والصدقة والميراث والوصية فلا شفعة فيه
لان ما تملك بعوض ليس بمال متقوم لا تجب فيه الشفعة
فلان لا تجب في المملوك بغير عوض اولى ولو وهب على
عوض فلا شفعة فيها حتى يتقابضا ولو قبضه احدهما دون
الاخر فلا شفعة وقال زفر تجب الشفعة بالعقد بناء على ان
الهبة بشرط العوض عند زفر والشافعي معاوضة ابتدا
وانتهاء وعندنا تبرع ابتدا ومعاوضة انتهاء فما لم يتقابضا
لا ينعقد معاوضة واذا وجبت الشفعة ان كان البدل
مثليا وجبت بمثله لانه مثله صورة ومعنى فكان انفى للضرر
وان لم يكن مثليا كالعبد والثوب وجبت الشفعة
بقيمته لانه مثله معنى دون الصورة ولو وهب له عقارا من
غير عوض مشروط في العقد ثم عوضه من ذلك دارا فلا
شفعة في الهبة ولا في العوض لان التعويض هبة مبتداة
اثرها في اسقاط حق الرجوع لا في كونه عوضا عن الاول بدليل
انه لو عوضه خمسة دراهم عن عشرة جاز ولو كان عوضا لما جاز

لانه ربوا ولو بيع سفل عقار فلصاحب العلو الشفعة لان
له حق التعلي وانه حق يتعلق بالسفل على الدوام وكذلك
اذا بيع العلو فلصاحب السفل الشفعة بالجوار وقال في
الزيادات في علو انهدم ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب
العلو في قول ابي يوسف وقال محمد لا شفعة له لانها تجب
بالجوار بعد الانهدام ولنا حق التعلي ثابت له على سبيل الدوام ولا جوار صح
والاستقرار وذكر في الزيادات فيمن باع علوا فاحترق
قبل التسليم بطل ولم يحك خلافا وقيل هذا قول محمد واما
على قول ابي يوسف وجب ان لا يبطل لما بينا من الاختلاف
فيما بينهما في ثبوت الشفعة لصاحب العلو بعد انهدام علوه
وما لا يجوز بيعه من العقار كالاوقاف والخانات المسبلة
فلا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى جواز الوقف لان
الشفعة بناء على صحة البيع ولم توجد واهل الاسلام في استحقاق
الشفعة واهل الذمة سوا لما روي ان شريحا قضى لذمي على مسلم
بالشفعة فكتب به الى عمر رضي الله عنه فاجازه لانه ساوى المسلم
في نعيم الدنيا وهذا من نعيمها وكذا الماذون والمكاتب
ومعتق البعض والنسا والصبيان بمنزلة البالغين الاحرار
لانهم في سبب الشفعة والملك على السوا والخصم فيما يجب للصبي
او عليه وليه الذي يتصرف في ماله فان لم يكن نصب القاضي
من ينوب عنه وكذا اهل البغي واهل العدل في الشفعة سوا
لاستوائهما في الملك والسبب والشفعة على عدد الرؤس قلت دار ط
الانصبا او كثرت وقال الشافعي على قدر الانصبا وصورته
بين ثلثة لاحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس

فباع صاحب النصف نصيبه اخذ الشريكان بالشفعة بينهما
نصفين وقال الشافعي اثلاثا لانه حق من حقوق الملك فيقدر
بقدره كثمرة الشجرة ولنا سبب الاستحقاق اصل الملك
لا قدره بدليل انه اذا انفرد يستحق جميع المبيع والحكم لا
يزداد بزيادة العلة وكثرتها واخذه بالشفعة ليس حقا
للملك لانه تملك مال الغير فلا يصلح ان يكون ثمرة من ثمرات
الملك والجار المستحق للشفعة هو الجار الملاصق ولا يعتبر
بعد الابواب وقربها لقوله عليه السلام الجار احق بصقبه اي
بقربه اثبت الشفعة للجار فلا بد من الجوار وانه اسم الاتصال
بين الملكين ومن باع دارا وهو شفيعها فلا شفعة له
سوا باع لنفسه او لغيره بحق الوكالة لانه في تملكه الشفع
نقض بيعه وانه لا يملك ذلك ولو اشترى دارا وهو شفيعها
فله الشفعة وكذا لو كان وكيلا بالشرا لان التملك بالشفعة
مثل التملك بالشرا فلا يكون فيه نقض تصرفه ولو باع عقارا او
شرط الخيار لغيره فامضا ذلك الغير البيع وهو شفيع فلا
شفعة له لانه تنزل منزلة البايع في امضا البيع ولو اخذ بالشفعة
نقض تصرفه ولو كان المشتري شرط الخيار لغيره فاجاز
وهو الشفيع فله الشفعة لانه تنزل منزلة المشتري وللمشتري
ان ياخذ بالشفعة وكذا له

باب

ما تستحق به الشفعة الشفعة تستحق باحد معان ثلثة بالشركة
في نفس المبيع والشركة في حقوقه والجوار وقال الشافعي لا تثبت
الشفعة الا بالشركة في نفس المبيع فيما يحتمل القسمة لقوله عليه السلام
انما الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا

[illegible]

شفعة وانما التحقيق ما دخلت عليه ونفي ما عداه ولنا قوله
عليه السلام جار الدار احق بالدار ينتظر به اذا كان غايبا
وقوله عليه السلام شريك الدار احق بالدار وما يرويه محمول
على الجار المقابل فاذا اجتمعت المعاني الثلثة فاولاهم الشريك
في نفس المبيع ثم الشريك في الحقوق كالشريك في الشرب والطريق
ثم الجار لان السبب الاتصال بين الملكين وقد وجد في الكل لكن
الاتصال بين ملكي الخليطين في نفس المبيع اكثر فكان اولى
ثم بين ملكي الخليطين في الحقوق فان سلم الشريك في الدار
وجبت الشفعة للشريك في الطريق فان سلمها وجبت للجار
وعن ابي يوسف اذا سلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره
لان البيع انعقد غير موجب للشفعة لغيره فلا يتغير فلا
يتغير بعد ذلك بسقوط حقه في الشفعة ولنا ان كل واحد
من هذه الثلثة سبب الا ان غيره يقدم عليه لقوة في سببيته فاذا
سقط ذلك عمل هذا في الاستحقاق وعن ابي يوسف في دار
بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من
الدار فالشفعة للشريك دون صاحب الطريق لان الطريق
حق والحق تبع فالشريك في الاصل اولى من الشريك في التبع
وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما حايط في الدار بينه وبين
اخر بارضه فباع الذي له شرك في الحايط نصيبه من الارض
والحايط فالشريك في الدار احق بشفعة الدار والشريك
في الحايط اولى بالحايط وهو جار في بقية الدار لان الحايط
ليس من الحقوق بل هو من الاصل فلا جرم الشريك في الحايط
احق بشفعة الحايط لانه شريك في نفس المبيع والشريك

في الدار احق بشفعة الدار وكذلك لو كان مكان الحائط
بير مشترك والمسيل بحالها فالشريك في البير اولى بالبير والشريك
في الدار اولى بالدار لما مر وكذلك سفل بين رجلين ولاحدهما
علو عليه بينه وبين اخر فباع الذي يشركه في السفل والعلو
نصيبه منهما فلشريك السفل الشفعة في السفل لانه شريك
فيه ولشريك العلو الشفعة في العلو لانه شريك فيه وعن ابي
يوسف في علو في دار لرجل وطريقه فيها وبقية الدار لاخر
فباع صاحب العلو علوه بطريقه وجبت الشفعة لصاحب
السفل استحسانا لان صاحب السفل شريك في الطريق
وانه تقدم على الجار ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل
اخر فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق اولى من
صاحب الدار التي عليها العلو لان صاحب السفل جار
وصاحب الدار التي فيها الطريق شريك في الحق والشريك
في الحق اولى من الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة وللعلو
جار ملازق اخذه بالشفعة مع صاحب السفل لانهما جاران
ملاصقان وان لم يكن الجار ملاصقا بين العلو وبين
مسكنهم طائفة من الدار فلا شفعة له لانه جار مقابل وليس
بملازق فلو باع صاحب السفل سفله فلصاحب العلو الشفعة
بالجوار لانه جار وليس بشريك لانه بمنزلة جار له خشب
على حائط جاره فانه يستحق الشفعة بالجوار لا بالشركة في
الوضع

باب طلب الشفعة

الطلب طلبان احدهما طلب المواثبة وهو ان يقول حين علم بالبيع
انا طالب بشفعة هذه الدار المبيعة او طلبت شفعتها او

او قد اخذت شفعتها

انا على شفعتي ويشهد على الطلب على الفور حتى انه لو
سكت عن الطلب على الفور بطلت شفعته هذه رواية
الاصل وهو المنقول عن اصحابنا لقوله عليه السلام الشفعة
لمن واثبها وقوله عليه السلام الشفعة كنشط عقال ان
قيدت ثبتت والا ذهبت لان حق الشفعة ضعيف لثبوته
على مخالفة الاصل دفعا للضرر فاذا لم يشهد على الفور بطل
وعن محمد ان هذا على المجلس بمنزلة خيار المخيرة وخيار
القبول قال وهو الاصح من الروايتين فلا يبطل الا بما
يدل على الاعراض لانه لما ثبت له حق الاخذ بالشفعة نظرا
له فلا بد من التقييد بالمجلس ليتروى ويتفكر هل يصلح
له ام لا فاذا لم يتقيد بالمجلس انقلب النظر ضررا وانه
لا يجوز وعلى هذه الرواية اذا قال الحمد لله او سبحان الله اذا ثبتت
الشفعة له او سلم قبل الطلب او شمت العاطس او قال من
ابتاعها او بكم ابتاعها لا تبطل شفعته لان المجلس لا
يبطل بواحدة من هذه الاشياء ولا يدل ذلك على الاعراض
عن الطلب وذكر ابو الليث في فتاويه والبقالي في
جمع التفاريق لا تبطل شفعته بسكوته عن الطلب الا بعد
العلم بالثمن والمشتري لان بدون علمه لا يظهر له ان المصلحة
في الاخذ فلم يكن السكوت دليلا على الاعراض فاذا
لم يكن بحضرته من يشهد وبعث من يحضر الشهود لا يبطل شفعته
وان طال المجلس وقال ابو بكر الرازي اذا بلغه الخبر وليس
بحضرته من يشهده يقول انا مطالب بالشفعة حتى لا يسقط
فيما بينه وبين الله ثم ينهض الى من يشهده لان الثبوت للشفعة

بالطلب والاشهاد للاثبات عند القاضي حتى ان المشتري
اذا قال للشفيع ما طلبت الشفعة حين علمت بالبيع وقال
الشفيع بل طلبت فالقول قول المشتري فلابد له الاثبات
الا بالبينة عند الانكار والغايب والحاضر في هذا على السوا
لان الغايب يقدر على الطلب والاشهاد اذا بلغه بيع الدار
كالحاضر فاذا ترك ذلك فقد اعرض عن الطلب مع
القدرة عليه ثم ينهض الى البايع او المشتري فيطلب
منه او يشهد عند المبيع اذا لم يقبض المبيع لان الطلب
لا بد له من خصم يطلب منه فاذا لم يقبض المبيع فالخصم هو
البايع والمشتري لان للبايع اليد وللمشتري الملك وهو
يريد ابطال يد البايع وملك المشتري فيتخاير والمبيع يتعلق
به حق الاخذ فيقوم مقام الخصم وان قبض المبيع لم يصح الاشهاد
على البايع لانه لم يبق خصما لزوال اليد عنه فيشهد عند
المشتري او المبيع هذا اذا وقع البيع بحضرة الدار والشفيع
واما اذا وقع البيع في السواد والشفيع في المصر فيشخص الشفيع
اليهما او الى احدهما فيبطل شفعته لانه كان يقدر على الاشهاد
عند المبيع لان التخيير كان بحضرة الكل فاذا غابت
المتعاقدان زال المزاحم فتعين الاشهاد عند المبيع فاذا لم
يشهد عنده فقد ترك الطلب مع القدرة عليه فكان
دليل الاعراض وكذلك لو كان المتعاقدان بحضرة
الشفيع وشخص الى الدار بطلت شفعته لما ذكرنا ولو
كان الشفيع في غير مكان البايع والمشتري فاتى اليهم
وشخص لم تبطل شفعته لان الكل قد تساووا فيتخير وهذا

هو الطلب الثاني ويسمى طلب تقرير فان كان الشفيع غايبا
وعلم بالبيع فقد ذكرنا انه مثل الحاضر في الطلب والاشهاد
عليه حين علم ثم بعد ما اشهد له من الاجل مقدار المسافة
لانه لا يقدر بدونه فان لم يفعل ولم يوكل من ياخذ له الشفعة
مع القدرة عليه بطلت شفعته لوجود دليل الاعراض وعن
ابي يوسف انه يشترط حالة الاشهاد تسمية المبيع وتحديده
لان صحة الطلب بنا على كون المطلوب معلوما وكذلك
صحة الاشهاد فاذا لم يسم المبيع بحدوده لا يتميز عن
غيره فلا يحصل العلم فاذا اشهد على الطلب الثاني ثم اخر
الخصومة فعند ابي حنيفة لا تسقط الشفعة بالتاخير
حتى يسقطها بلسانه وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
وقال في رواية اخرى اذا ترك المخاصمة الى القاضي في
زمان يقدر على المخاصمة فيه بطلت شفعته ولم يوقت
وقتا وقال محمد وزفر اذا اخر المطالبة بعد الاشهاد
شهرا من غير عذر بطلت شفعته لان اخذ الشفعة ثبت
نظرا له على وجه لا يتضرر به المشتري فلو لم يبطل حقه
بالتاخير في الزمان المديد لتضرر به المشتري لانه لا يبني
فيه ولا يغرس فاذا اخذ الشفيع يقلع ويهدم فقدر المديد
بالشهر لانه اجل وما دونه عاجل ولنا ان الحق ثبت بالبيع
ويستقر بالاشهاد والحق المتقرر لا يبطل بالتاخير والمشتري
لما بنا وغرس فقد اضر بنفسه لانه كان يعلم ان له
حق القلع والهدم ولهذا اذا كان الشفيع غايبا شهرا
لا يبطل ولا يفرق في حق المشتري بين الحضور والغيبة

ولو حال حايل بين الشفيع والاشهاد ولا يستطيع ان يصل
الى ذلك فهو على شفعته لان دليل الاعراض لم يوجد و
العلم بالبيع يتعلق بخبر رجل عدل او رجلين او رجل وامراتين
في رواية محمد عن ابي حنيفه فانه ذكر اذا علم الشفيع
ببيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره بذلك رجل
عدل او رجلان او رجل وامراتان في رواية محمد عن ابي حنيفه
وفي رواية الحسن عنه حتى يخبره رجلان عدلان او رجل
وامراتان وقال ابو يوسف ومحمد يجب عليه ان يشهد
اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امراة
على هذا اختلافهم في عزل الوكيل وفي العبد اذا جنى
فاخبر المولى به فاعتقه هل يصير مختارا للفدا لهما
انه من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد والعدالة
كالمداينة ولنا هذا خبر فيه الزام فاشبه الشهادة
فاعتبرنا احد شرطيها اما العدالة او العدد وقالوا في
المخيرة اذا بلغها التخيير لا يعتبر العدد ولا العدالة
لانه ليس فيه الزام لانه تخيير وعن ابي حنيفه في
المشتري اذا قال للشفيع قد اشتريت فلم يطلب بطلت
شفعته وان لم يكن عدلا لان المشتري خصم وعدالة
الخصم غير معتبرة باب
ما تبطل به الشفعة ويبطل الشفعة اذا ساوم الشفيع الدار
من المشتري او ساله ان يوليه اياها او استاجرها منه او اخذها
مزارعة او معاملة بعد ما علم بالشرا فهو تسليم للشفعة
لان كل واحد من هذه الاشيا دليل الاعراض عن الطلب و

الثامن

الرضا بسقوط حقه ولو صالح المشتري الشفيع من شفعته
على شي بطلت شفعته والصلح باطل لانه اسقط بعوض
ففيه الاسقاط وبطل العوض لان الثابت له حق التملك
لا غير وانه ليس حقا في الدار فلا يصح الاعتياض عنه ويرد
العوض عليه لانه اخذ ما ليس له وكذلك اذا قال الزوج
للمخيرة اختاريني بالف فاختارته لم تثبت العوض ويبطل
خيارها وكذلك العنين اذا قال لزوجته اختاري
ترك الفسخ بالف لما بينا واختلفت الرواية في الكفالة
بالنفس اذا ابطلها بعوض ففي رواية الكفالة باطلة والعوض
باطل لان الاعتياض لا يصح والاسقاط يصح كما في الشفعة
وفي رواية اخرى لا تبطل الكفالة لانها سبب حصول المال
فاشبه الحق في المال فيصح الاعتياض عنه ولو باع الشفيع
داره التي يشفع بها بعد الشرا ابطلت الشفعة لان السبب
الاتصال بين الملكين وقد زال فلا يستحق بدونه وان
رجعت الى ملكه برد بعيب بقضا او بغير قضا او خيار
روية او شرط كان للمشتري فليس له ان ياخذ بالشفعة
لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد ولو باع
الشفيع داره على انه بالخيار فهو على شفعته ما لم يوجب
البيع لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه
فلا تبطل سبب الاستحقاق ما لم يسقط خياره ولو باع
الشفيع بيعا فاسدا او قبضه المشتري بطلت شفعته لان
البيع الفاسد يفيد الملك اذا اتصل به القبض ولو باع
جزءا من داره شايعا فله الشفعة بالباقي لان السبب اصله

الاتصال لا قدره فيستوي وجوده وعدمه وكذلك لو باع
بيتا او حجرة وذلك لا يلي الدار التي تطلب بالشفعة وان
كان مما يليها فان استغرقت حدود الدار التي فيها الشفيع
بطلت الشفعة لانه لم يبق من اتصال ملكه شي وان بقي من
حدها شي ملاصق لما بقي من الدار فهو على شفعته لبقاء
الاتصال وان كان الشفيع شريكا وجارا فباع نصيبه
الذي يشفع به فله الشفعة بالجوار لان السبب الاقوى وان
بطل فالاضعف باق وهو الجوار فياخذ به ولو طلب
الشفيع نصف الدار بالشفعة فهذا تسليم منه في الكل في
قول محمد الا ان يكون طلب الكل فلم يسلم له المشتري فقال
اعطني نصفها على ان اسلم لك النصف فان هذا لا يكون
تسليما وقال ابو يوسف لا يكون تسليما وان قاله الشفيع
ابتدا لان حقه كان في الكل فلا يسقط الا بمسقط ولم
يوجد المسقط في النصف الاخر لا صريحا ولا دلالة فلا
تسقط قلنا لما سقط في النصف باسقاطه سقط في الكل
لانه يودي الى تفريق الصفقة على المشتري وانه لا يملك ذلك
بخلاف ما اذا استثنى ثم قال ذلك لان بالاستثنا تقرر حقه
فلم يرض بسقوط حقه في النصف الا بشرط بخلاف ما اذا
صالح لانه رضي بسقوط حقه في الكل ولو سلم الشفعة بعد
البيع وهو لا يعلم به فالتسليم جايز سوا كان المشتري حاضرا
او غايبا لانه اسقاط صريح فيستوي فيه العلم والجهل كالطلاق
ونحوه وكذلك لو باع داره التي يشفع بها بطل حقه علم بالشرا
او لا لان سبب الاستحقاق ينعدم حالة الاخذ واما مساواة

الشفيع واشتراه لا يسقط حقه الا اذا كان عالما بالشرا
لان السقوط باعتبار الدلالة على الرضا والرضا مع الجهل لا
يتحقق وان سلم قبل البيع لم يجز لانه اسقاط قبل الثبوت
وقبل سبب الثبوت ه باب
الشفيع يخبر بالبيع على خلاف ما وقع فيسلم ه اذا اخبر
بالبيع بالف فسلم ثم علم انه كان باكثر جايز لان الرضا
بالاقل يكون رضا بالاكثر وان كان باقل فهو على شفعته
لان الرضا بالاكثر لا يكون رضا بالاقل لانه يسهل عليه
ادا الاقل دون الاكثر ولو اخبر ان الثمن الف فاذا هو
مائة دينار قيمتها الف او اكثر صح التسليم وان كان اقل
فهو على شفعته وقال زفر له الشفعة في الوجهين لان الدراهم
مع الدنانير جنسان مختلفان فالتسليم باحدهما لا يكون
تسليما بالاخرى كالحنطة مع الشعير ولنا انهما جنس واحد
فيما يرجع الى المنفعة المقصودة وهي الثمنية بخلاف الحنطة
مع الشعير ولو ظهر انها بيعت بمكيل او موزون او معدود
غير متفاوت فهو على شفعته لان غرض الشفيع يختلف
باختلاف الجنس كما يختلف باختلاف قدره فالرضا باحدهما
لا يكون رضا بالاخر لانه قد يسهل عليه احدهما ويعسر الاخر
وان ظهر انه باع بعوض ليس بمثلي قيمته الف او اكثر فهو
تسليم لان البيع اذا وقع بغير المثلي يجب الشفيع بقيمته
وقيمته دراهم ولو اخبر بشرا النصف فسلم ثم ظهر شرا الجميع
فله الشفعة ولو كان على العكس فلا شفعة لان الشركة
عيب والرضا بالمعيب يكون رضا بالتسليم واما الرضا بالتسليم

لا يكون رضا بالمعيب وهذا هو المشهور من الرواية وقيل
على عكس هذا والاول اصح لما ذكرنا ولو اخبر ان المشتري
زيد ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان الرضا بجوار زيد
لا يكون رضا بجوار عمرو ولو ظهر انه زيد وعمرو كان له ان
ياخذ نصيب عمرو لانه لم يرض به وان اخبر ان البيع بالف
فسلم ثم حط البايع ثم حط البايع عن المشتري خمسمايه
وقبل الحط فللشفيع ان ياخذ بخمسمايه لان الحط يلتحق
باصل العقد وظهر ان البيع وقع بخمسمايه وقد اخبر بالف

باب

الحكم بالشفعة اذا طلب الشفيع ان يقضى له بالدار وهي غير
مقبوضة لم يقض حتى يحضر البايع والمشتري لان كلا منهما خصم
لما مر وان كانت مقبوضة فالخصم هو المشتري وحده لما بينا
فيعتبر حضرته دون حضرة البايع فاذا حضر المشتري ساله
القاضي هل يملك ما يدعي الشفعة به فان لم يقر قال للشفيع
هل لك بينة فان عجز وطلب يمين المشتري حلفه بالله ما يعلم
انه يملكه لان سبب الاستحقاق الاتصال بين الملكين فما لم
يثبت الملك لا يسمع دعواه وان نكل ساله هل ابتاع الدار
التي تطلب بالشفعة فان انكر قال للشفيع هل لك بينة على
الشرا فان عجز حلف المشتري بالله ما اشتراها او بالله ما
يستحق الشفعة عليه على الوجه الذي يدعي فان حلف اندفعت
الخصومة وان نكل قضي له بالشفعة احضر الثمن او لا ثم يامر
الشفيع بتسليم الثمن الى المشتري ويكون عهدته عليه لانه تملكها
عليه وان كانت الدار غير مقبوضة واخذها من يد البايع سلم

الثمن اليه ويكون العهدة عليه لانه اذا قبض فقد انفسخ البيع
فيما بينه وبين المشتري ونعني به انفساخ الاضافة اليه لا
انفساخ نفسه فان قوله بعت منك ايجاب ببيع واضافة
فينفسخ الاضافة الى المشتري ويتقاعد الشفيع عليه فيصير
كان البيع وقع مضافا الى الشفيع وعن ابي يوسف ان
البيع لا ينفسخ لان ثبوت الشفعة بناء عليه فلا بد من تقريره
لان بطلان الاساس يقتضي بطلان البناء وجوابه ما قلنا
ان نفس البيع لا ينفسخ وانما تنفسخ الاضافة وعن ابي يوسف
ان المشتري اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي
للشفيع بحضرة منهما قبض الدار من البايع ونقد الثمن المشتري
وعهدته عليه لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق الحبس فينقد
المشتري الثمن ويأخذ الدار من البايع بخلاف ما اذا
لم ينقد الثمن حيث يدفع الثمن الى البايع وعهدته عليه لانه
بقي له حق حبسها فلا يتوسل الى اخذها الا بتسليم الثمن اليه
فيسلم الثمن اليه ويكون عهدته عليه فاذا امر الشفيع بتسليم
الثمن بعد ما قضي له بالشفعة فقال ليس عندي ولكن في الدار
يمهل ثم ان استاجله يوما او يومين لا يوجله الا برضا المشتري وان
امتنع عن التسليم حبسه وذكر في الاصل ما يدل على ان له
ان يقضي بالشفعة قبل احضار الثمن لانه قال للمشتري ان
يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع وكذا لوارثه
اذا مات المشتري وقيل ما ذكر في الاصل قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ليس للقاضي ان يقضي بالشفعة حتى
يحضر الشفيع الثمن فان طلب الاجل اجله يومين او ثلثة

ولم ينقض بالشفعة لان الشفعة انما تثبت نظرًا للشفيع على وجه لا يتضرر به المشتري فاذا اقضى بالشفعة قبل احضار الثمن يتضرر به المشتري ولنا ان احضار الثمن لا يستيفا به والثمن لم يجب بعد حتى يومر باحضاره بالاستيفا فان قضى بالشفعة قبل الاحضار ثم ابى الشفيع ان ينقد حبسه لان القضا صادف فصلا مجتهدًا فيه فينفذ وذكر في التحفة الاحوط للقاضي ان لا يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن او يضرب له اجلًا بشرط انه ان لم يات بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة له فان لم يات به الى ذلك الوقت بطلت شفعته وكذلك اذا قال الشفيع ان لم اعط الثمن الى وقت كذا فانا بري من الشفعة يصح ويبطل شفعته لانه اسقاط فيصح تعليقه بالشرط

باب

الدار تباع ولها شفعا اذا اسلم بعضهم فللباقين الشفعة في الكل لان سبب استحقاق الكل ثابت لكل واحد منهم كما له لكن القسمة باعتبار المزاحمة فاذا انقطعت بالتسليم كان الكل للباقين كما اذا ضاقت التركة عن الديون يقسم التركة على الحصص فاذا ابرا الغرما الا واحدًا اخذ الباقي كل دينه وان كان بعضهم غايبا قضي بالدار بين الحضور على عددهم ولا يعتبر من غاب لان الحق ثبت لكل واحد فلا يمنع الحاضر عن حقه الثابت لغايب عسى ان ياخذ وعسى لا ياخذ ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح ابطل لما بينا ان له حق التملك وانه ليس بحق في المحل حتى يقبل النقل الى غيره وسقط حقه لاعراضه عن الطلب لان جعله لغيره دليل الاعراض وقسمت على عدد من بقي ولو كان احدهم حاضرا اقضي له بالجميع فان جا اخر فقضي له بالنصف حق

بالنصف

بينهما وان جا ثالث قضي له بالثلث مما في يد كل واحد منهما حتى يستويا ولو كان اخذ الاول الجميع بحضرة الاخر فاراد اخذ النصف فقال له الحاضر الذي اخذ الكل انا اسلم لك الكل فاما ان تاخذه واما ان تدعه فليس له ذلك وللقادم ان ياخذ النصف لانه لما قضي للحاضر بالجميع تضمن القضا اسقاط حق الغايب في النصف فلا يعود بعد ذلك الا بسبب جديد ولو وجد هذا الحاضر بالدار عيبا بعد الحكم له فرده بقضا او بغير قضا قبل القبض او بعده ثم قدم الغايب فليس له ان ياخذ بالبيع الاول الا نصف الدار لما بينا ان القضا للحاضر تضمن اسقاط حق الغايب في النصف وان اراد الغايب ان ياخذ الشفعة برد الحاضر عليه فان كان الرد بغير قضا فله ذلك وان كان بقضا فليس له ذلك لان الرد بغير قضا بيع جديد في حق غيرهما بخلاف الرد بقضا فانه فسخ في حق الكل ولو كان الشفيع الاول علم بالغيبة قبل الحكم له فسلم الشفعة ثم حضر الغايب فان شا اخذ الكل وان شا ترك لان المسقط لحق الغايب في النصف لم يوجد وهو القضا ولو رد الشفيع الحاضر بعد الحكم ثم حضر شفيعان اخران اخذ اثلثي الدار بالشفعة لان القضا للحاضر اسقط حق الغايبين في الثلث والحكم في الاثنين والثلثة واحد لسقط حق الغايب بقدر حصة الحاضر ولو كان الشفيع الحاضر اشترى من المشتري ثم حضر الغايب فان شا اخذ كلها بالبيع الاول وان شا اخذ كلها بالبيع الثاني لان حق الحاضر سقط لشرا فيبقى الكل للاخر ولا يبطل حقه في الشفعة لا يبطل بالاعراض فيه لانه لم يثبت بعد لا انه لا انحوا ابطال الاعراض

قبله لانه لم يثبت بعد لانا لا نقول يبطل بالاعراض قبله بل يبطل
باعراضه الثابت لشراه بخلاف الشفيع اذا اشترا ابتدا حيث
لا يبطل لان شراه لا يسمى اعراضا لانه دليل على التملك لانه
بمعنى الاخذ بالشفعة   ولو كان المشتري الاول شفيعا
للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه فان شا الغايب اخذ
بالبيع الاول نصفها وان شا اخذ الكل بالعقد الثاني لان
الاول اذا كان شفيعا لا يسقط حقه في الشفعة بالشرا لما
مر فللغايب ان ياخذ بالبيع الاول قدر ما يخصه بالمزاحمة
وهو النصف واما البيع الثاني فسقط حق المشتري الاول
ببيعه والحاضر بشراه فثبت للغايب الكل ولو كان المشتري
الاول اجنبيا اشتراها بالف فباعها من اجنبي بالفين
ثم حضر الشفيع والمشتريان حاضران فالشفيع بالخيار ان
شا اخذ بالبيع الاول وسلم الثمن الى المشتري الاول و
العهدة عليه وان شا اخذ بالبيع الثاني والعهدة على الثاني
لانه تقدم له سببا الاخذ فتخير فلو جا الشفيع والمشتري
الاول غايب فاراد ان ياخذ من المشتري الثاني بالبيع الاول
فلا خصومة بينه وبين الثاني في قول ابي حنيفة ومحمد حتى
يحضر الاول فياخذ بالثمن الاول منه ويرد الاول على الثاني ما قبض
منه   وان اراد ان ياخذ بالبيع الثاني فله ذلك و لا
يشترط حضرة الاول وقال ابو يوسف له ان ياخذ منه في [illegible]
ويدفع اليه الفا ويقال للثاني اتبع الاول وخذ منه الفا لان
حق الشفيع تعلق بعين الدار فيدور معها كيف ما دارت ولنا
ان الاخذ بالاول يتضمن انفساخ البيع الاول في حقه وانه قضا

على الغايب فلا يجوز ذلك فقوله حقه متعلق بالدار ممنوع
وبيانه ما بينا انه لا حق له في العين وانما حقه في التملك على
المشتري فلا يتمكن من التملك عليه حال غيبته وعلى هذا
لو لم يبعها المشتري لكن وهبها او تصدق على رجل وقبضها
الموهوب له ثم حضر الشفيع لم يكن الذي في يده خصما في قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو خصم لما بينا ولو اشترى
دارا بالف ثم باعها بالفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم
يعلم بالاول فاخذها بحكم او بغير حكم ثم علم بالاول فليس له ان
ينقض اخذه لانه بالاخذ ملك الدار حقيقة فانتفا حق التملك
ضرورة لانهما لا يجتمعان ويستوي في ذلك العلم والجهل لانه سقوط
ضروري ولو اشتراها بالف فزاده في الثمن الفا فعلم الشفيع
بالالفين ولم يعلم بالالف فان اخذها بالالفين بحكم ابطل
القاضي الزيادة وقضى له بالالف لان الزيادة لا تثبت في حق
الشفيع فكان قضا القاضي بها لا على شي بخلاف ما اذا اخذها
بغير قضا لان الاخذ بغير قضا شرا مبتدا فلا يبقى له حق الشفعة
ولو كان المشتري حين اشترا بالف ناقضه البيع ثم اشتراها
بالفين فاخذ الشفيع بالالفين ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم لم يكن
له ان ينقضه سوا كان بحكم او بغير حكم لانه تقدم له سببا
الاخذ باحدهما يوجب انتفا الاخر   فصل   ولو جعل
المشتري الدار التي اشتراه مسجدا او مقبرة فللشفيع ان ينقض
ما صنع وقال الحسن بطلت شفعته لان تصرفه صادف ملكه
فنفذ فصار مسجدا فلا يلحقه الفسخ ولنا ان حق الشفيع سابق
وانه يمنع كونه مسجدا لان كونه مسجدا يبتنى على خلوصه

لله وتعلق حق العبد يمنع ذلك ولو اوصى المشتري لانسان
كان للشفيع ان ينقض الوصية فياخذ من الورثة والعهدة
عليهم لان حق الشفيع متقدم عليهم ولو جعل بيتا من داره
مسجدا وافرزه وجعل بابه الى الطريق فبيعت دار
الى جنب المسجد لم يكن لمن جعل المسجد ان ياخذ بالشفعة
لمجاورة المسجد لانه لا ملك له في المسجد قال محمد اذا
اوصى بغلة داره ابدا في المساكين او جعلها وقفا فبيعت دار
الى جنبها فلا شفعة لورثة الميت في هذه الدار لانه زال
ملك الواقف ولم يبق ملكا لاحد فاذا اشترى نصف الدار
ثم قاسم المشتري البايع فالقسمة ماضية وليس للشفيع ان
ينقضها سواء كانت القسمة بقضاء او بغير قضاء لان القسمة
من تتمات القبض فلا يملك الشفيع نقضه وروى عن
ابي حنيفة ان للشفيع ان ياخذ النصف الذي اصاب المشتري
اذا وقع في جنب الدار المشفوع بها وان كانت الدار مشتركة
بين اثنين فباع احدهما نصيبه وقاسم المشتري الذي لم يبع
ثم حضر الشفيع فله ان ينقض القسمة لان القسمة هاهنا ليست
من تتمات القبض لان قسمة تحكم الملك لا تحكم العقد
لانه لم يبع فملك الشفيع نقضه كالهبة **باب**
الشفعة تطلب في البعض هـ اذا اراد الشفيع ان ياخذ
بعض المبيع او ياخذ ما يلي داره دون الباقي فليس له ذلك
فياخذ الكل او يدع لان الشفيع يتقدم على المشتري في
الصفقة فلا يملك تفريقها كالمشتري ولو اشترى رجل
من رجلين دارا فاراد الشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين

لم يكن له ذلك قبض او لم يقبض وان كان البايع واحدا والمشتري
اثنين كان له ان ياخذ نصيب احدهما دون الاخر في قولهم
لان المشتري اذا كان واحدا لا يلحقه بذلك ضرر الشركة
بخلاف ما اذا كانا اثنين فانه لا يلحق احدهما ضرر الشركة
فان قيل قبل القبض فيه تفريق الصفقة على البايع وانه
لا يجوز ولهذا اذا اراد احد المشتريين ان يقبض نصيبه دون
الاخر ليس له ذلك قلنا هذا المعنى كذا قلنا معنى قولنا ياخذ
نصيب احدهما اي يملك نصيبه بالشفعة اما اذا انقد ثمن نصيبه
ليس له ان يقبضه حتى ينقد الاخر ويقبض معه وروي انه
اذا كان البايع اثنين كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما
قبل القبض لانه يتملك على البايع فيتملك على احدهما جميع
ما خرج من ملكه فانه لا ضرر فيه بخلاف ما بعد القبض فانه
ليس له ان ياخذ نصيب احد البايعين لانه يتملك على
المشتري بدليل ان العهدة عليه فيتضرر به لانه يؤدي
الى تفريق الصفقة ولو وكل رجل رجلين بالشرا فاشتريا
كان للشفيع ان ياخذ ما اشتراه احدهما ولو كان الموكل
اثنين والوكيل واحد لم يكن له ان ياخذ نصيب احد الموكلين
لان احد الموكلين لان الاخذ بالشفعة من حقوق العقد
وانها يتعلق بالعاقد وهو الوكيل فيعتبر اتحاده وتعدده
وقال محمد انا انظر في هذا المشتري دون الموكل ولو
اشترى عشرة لواحد فللشفيع ان ياخذ من واحد او اثنين
او ثلاثة لما بينا ولو اشترى دارين صفقة واحدة فليس للشفيع
ان ياخذ احدهما دون الاخر سواء كانتا متلاصقتين او لا اذا

كان جارا لهما وقال زفر لم ذلك لان كل واحدة منهما ممتازة
عن الاخرى فلا يكون في اخذ احدهما ضرر الشركة ولنا ان الصفقة
متحدة وحق الشفيع متعلق بهما فصار كدار واحدة وان
كان الشفيع شفيعا باحدهما دون الاخرى وقد وقع صفقة
واحدة فقد روي عن ابي حنيفة انه ليس له ان ياخذ الا
التي تجاوره بالحصة وكذا روي عن محمد في الدارين المتلاصقتين
اذا كان الشفيع جارا لاحدهما لم تجب الشفعة الا فيما يليه
وكذلك الاقرحة المتلاصقة ليس بينها طريق ولا نهر
وانما هي مسناة فلا شفعة الا في القراح الذي يليه خاصة
وكذلك اذا بيعت القرية بدورها واراضيها كان لكل
شفيع ان ياخذ القراح الذي يليه لان السبب وجد في حق
البعض دون البعض وان اتحدت الصفقة لانها اشتملت
على ما يثبت فيه الشفعة وعلى ما لا يثبت فيختص ثبوتها
فيما يثبت كما اذا اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة تثبت
الشفعة في الدار دون السيف وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه اذا كان شفيعا لقراح واحد كان له ان ياخذ القرية
كلها والاقرحة كلها لانه يودي الى تفريق الصفقة في
البايع والمشتري وانه اضرار بهما وانه لا يجوز والاتصال بين الملكين
في جميع الاجزاء ليس بشرط كما في الدار الواحدة وهذا يدل على
انه كان قول ابي حنيفة مثل قول محمد ثم رجع ه ه ه

باب

انهدام البنا   اذا اشترى دارا فهدم بناها ثم جا الشفيع
فلا حق له في النقض لان الشفعة في البنا انما تثبت بالتبعية

لكونه متصلا بها على سبيل الدوام وبالانهدام زالت التبعية
ويسقط حصته دون الثمن لان الاتباع لا ياخذ حصتها
من الثمن اذا صارت مقصودة وقد صار مقصودا لما بالهدم
فيقسم الثمن على قيمة البنا مبنيا لان الهدم تناوله مبنيا
وعلى قيمة الارض ثم اصاب الارض اخذها الشفيع بذلك وكذلك
لو نزع باب الدار فباعه او هدمه اجنبي فوجب ضمانه
لما بينا من المعنى ولو احترق البنا او غرق بغير فعل احد بما
ولم يبق منه شي اخذ بجميع الثمن او ترك لانه لم يبق شي حتى يصير
مقصودا فيثبت له حصة بخلاف ما اذا هدمه اجنبي لانه
صار مقصودا حين هدمه فلو لم يسقط ربح الضمان للمشتري
بقي مبيعا مقصودا او انه لا يقابله شي وانه ربوا ولو انهدم لم يقسم
قسم الثمن على قيمته منهدما وعلى قيمة الارض لانه للقائم
فحسب ولو باع المشتري البنا بغير ارض ولم يهدم حتى حضر الشفيع
كان احق بالبنا والارض فياخذ وينتقض البيع في البنا وكذلك
النبات والثمر والنخل لان حق الشفيع متعلق بهما والتبعية
غير منقطعة وكذا لم يزايل الارض فالشفيع اخذه بالثمن
الاول لان التبعية قائمة ببقا الاتصال فان زايل الارض بفعل
المشتري او بفعل غيره قسم الثمن على قيمته صحيحا وعلى قيمة
الارض وان كان من غير فعل احد فعلى قيمته ساقطا لما ذكرنا
من المعنى واما الثمرة فان كانت مشروطة في البيع فهو كما وصفنا
من البنا والنخل لانها تدخل في البيع بالشرط الا انها اذا هلكت
بافة سماوية سقطت عن المشتري حصتها بخلاف البنا
المحترق لان الثمرة دخلت مقصودة لا تبعا ولهذا ان تلف

في البيع الا بالشرط فصار لها حصة من الثمن حالة العقد بخلاف
البنا فانه تدخل تبعا ولهذا يدخل بدون الذكر فلا يصير له
حصة الا اذا صار مقصودا بالاتلاف او القبض ولو اثمرت
في يد المشتري فصرم الثمرة وباعها فان الشفيع ياخذ بجميع
الثمن فلا يكون للثمر حصة لان البيع لم يتنا ولها لعدمها حالة
العقد ولا القبض فلم يكن لها حصة من الثمن وروى الحسن
عن ابي حنيفة والاجنبي اذا هدم البنا ولم يقدر عليه المشتري
فهو بمنزلة ما لو هلك بآفة سماوية ان كان لا يخرج منه شي
لانه لا يودي الى الربوا لانه لم يسلم له شي وان كان يخرج فهو
بمنزلة الانهدام لان النقض سلم له باب

اذا اشترى
الرجل يشتري الارض والنخل وفيها ثمر اولا ثمر
ارضا ونخلا فيها ثمر وشرط الثمر في البيع كان للشفيع
ان ياخذ الجميع بالشفعة ما دام متصلا استحسانا وفي القياس
لا ياخذ الثمر لانها نقلية تناولها العقد بالذكر فاشبه بيع
الدار مع السيف ولنا متصل بها اتصال خلقة وان اعدت
للفصل فلصورة الاتصال صارت تبعا فيثبت حق الشفيع
فيها بالتبعية كما في البنا وان كانت مجدودة فلا شفعة فيها
لانقطاع التبعية ويرفع عنه حصتها لانها دخلت في العقد
بالذكر فصارت اصلا فان اخذها الشفيع وبقيت الثمرة في
يد البايع قال محمد الثمرة لازمة للمشتري ولا خيار له ولو كان
البايع استهلكها او استحقت بان كان المستحق موصاله بالثمرة
خير المشتري لتفرق الصفقة عليه بخلاف ما اذا اخذ الشفيع
المبيع دون الثمرة لان تفرق الصفقة كان ضرورة حق ثابت

للشفيع شرعا والمشتري بالشروع في العقد صار راضيا بالتفرق
بخلاف الاستحقاق والاستهلاك فانه لم يوجد منه ابدا ما يدل على
الرضا بالتفرق ولو كانت الثمرة قايمة فقبضها المشتري و
استهلكها او هلكت في يده رفع عن الشفيع حصتها لما بينا وان
لم تكن الثمرة فيها حالة البيع ثم اثمرت في يد البايع كان
للشفيع ان ياخذ الجميع بالثمن لانها متصلة بالمبيع اتصال خلقة
فان جدت وهي قايمة اخذ الشفيع الارض والنخل بجميع الثمن
ان شا وان شا ترك لان التبعية قد انقطعت لكن ههنا
اشكال وهو ان الثمرة زيادة حدثت من المبيع قبل القبض
فيجب ان يكون لها حصة باعتبار القبض كما صارت لها حصة
باعتبار الاتلاف لان العقد لم يتناولها ولا القبض فلم يقصد
فلم يثبت لها حصة وان اراد البايع رفع عن المشتري حصتها
لانها صارت مقصودة بالاتلاف ولو هلكت بغير فعل احد ولم
يبق منها شي لها قيمة اخذها الشفيع بجميع الثمن ان شا لانها لم تصر
مقصودة حتى تاخذ الحصة من الثمن ولو اثمرت في يد المشتري
اخذ الشفيع الكل بالثمن الاول ما دامت متصلة بها فان جدها
المشتري ثم جا الشفيع والثمرة قايمة او مستهلكة اخذ الارض
والنخل بجميع الثمن ان شا دون الثمرة لانقطاع التبعية والزرع
في الارض بمنزلة الثمر في النخل ياخذه الشفيع مع الارض ما دام
متصلا بها استحسانا لما بينا فان لم يعلم الشفيع بالبيع حتى
استحصد الزرع كان له ان ياخذ بالشفعة فان حصد المشتري
وكان بقلا عند البيع مشروطا في العقد ثم حضر الشفيع فعن
ابي يوسف ان الثمن يقسم على قيمة الارض وقيمة الزرع يوم دفع

العقد وهو بقل فيأخذ الشفيع الارض بحصتها لان العقد
يتناولهما وهو بقل وزيادة القيمة بعد ذلك لا تعتبر في القسمة
بخلاف قيمة الارض بعد البيع وعن محمد في النوادر ان الارض
تقوم وفيها الزرع وتقوم وليس فيها الزرع فيسقط عن
الشفيع ما بين ذلك قال محمد وكذلك الثمر مع النخل تقوم
النخل وفيه الثمر وتقوم وليس فيه ثمر ولا تقوم الثمر مجذوذا
ولو كانت الارض مبذورة لم يطلع الزرع بعد ثم طلع بحصته المشتري
فعند محمد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة لان ما تقوم
الزرع بقلا والبذر في الارض ضرر لانه لا قيمة له وكذا حال
كونه ثمرا مجذوذا اضر والضرر منفي شرعا وعلى قول ابي يوسف
يقسم الثمن على قيمة الارض والبذر **باب**
اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن اذا ادعى المشتري
الشرا بالفين والشفيع بالف فالقول قول المشتري مع يمينه لان
الشفيع يدعي التملك عليه بالف والمشتري ينكر فكان
القول قوله ولان الشفيع من المشتري بمنزلة المشتري
من البايع والمشتري مع البايع اذا اختلفا في الثمن كان
القول قول المشتري وان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري
لان بينته تثبت زيادة الثمن وبينة الشفيع تنفيها فكانت
المثبتة اولى ولنا ان العمل بالبينتين ممكن في حق الشفيع وانه
يجوز انه باع بالف ثم بالفين فاجتمع البيعان في حق الشفيع
وله ان ياخذ بالف بخلاف البايع مع المشتري اذا اختلفا واقاما
البينة لانه لا يمكن العمل بهما لان البيع الثاني يقتضي انفساخ

الاول ولان بينة الشفيع يلزم المشتري حكما وهو التسليم اليه
وبينة المشتري لا يلزم الشفيع حكما لانه مخير بين الاخذ والترك
فالملزمة اولى من غيرها وان اختلف البايع معهما والدار
في يد البايع او المشتري والثمن غير منقود فالقول قول البايع
ويتحالفان ويترادان لان الاختلاف وقع في البيع والمبيع
قايمة فياخذ الشفيع بما قاله البايع ان شا لان الوجوب
بايجاب البايع فكان القول قوله ولو قال البايع بعت بالف
وقال المشتري بالفين فالقول قول المشتري البايع لانه ان
كان صادقا يجب العمل به وان لم يكن يجعل ذلك حطا
منه فياخذ الشفيع بالباقي وان كان الثمن منقودا لا
يلتفت الى قول البايع لانه لم يبق له فيه حق فصار كالاجنبي
وقد قيل اذا قال البايع بعت بالف وقبضت الثمن اخذ الشفيع
بالالف لان قوله بعت بالف ابتدا اثبات الاخذ للشفيع بالف
فقوله قبضت الثمن اخبار يريد ابطال حق الشفيع فلا يصدق
في حقه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لا يلتفت الى قوله
لانه بدا بالاقرار بالقبض فلم يثبت للشفيع حق الاخذ بما قال
وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا كان المبيع في يد البايع فاقر
بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان الشفيع يتملك على
البايع اذا كان المبيع في يده فيقبل قوله واذا حط البايع
بعض الثمن او ابرا اخذ الشفيع بالباقي لان الحط يلتحق باصل
العقد فيظهر في حق الشفيع بخلاف الزيادة لان فيها ضررا
بالشفيع فلا يظهر في حقه ولو حط جميع الثمن اخذه الشفيع بجميع
الثمن لان حط الكل لا يلتحق بالعقد لانه لو التحق بقي

بنا بلا ثمن فيفسد بخلاف حط البعض ولو هدم المشتري
بنا الدار ثم اختلف المشتري والشفيع في قيمته والنقض في قيمة
الساحة فالقول قول المشتري لان الاختلاف وقع في قدر
الساقط فالشفيع يدعي زيادة سقوط وهو ينكر فكان القول
قوله ولو اختلفا فيهما قومت الساحة الساعة لانه امكان
معرفة قيمتها والحال يصلح حكما على الماضي لان الساحة
بحالها بخلاف البنا لانه تغير بيقين فلا يصلح الحال حكما
والقول قول المشتري في قيمة البنا لما بينا وان اقاما البينة قال
ابو يوسف قياس قول ابي حنيفة ان البينة بينة الشفيع وقال
محمد قياس قول ابي حنيفة ان البينة بينة المشتري وانما
اختلفا على قوله لاختلاف الطريق عنهما فعند ابي حنيفة في
تلك المسئلة جواز امكان العمل بالبينتين بان وجد [illegible]
وهذا المعنى معدوم هاهنا وابو يوسف علل في تلك اعلى (?)
بان بينة الشفيع يلزم المشتري حكما دون بينة المشتري وهذا
المعنى موجود هاهنا وقال ابو يوسف عن نفسه البينة بينة المشتري
ولو اشترى دارا بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض او قبض
الدار وحده ثم هلك العرض انتقض البيع فيما بين البائع
والمشتري لان العرض متعين في العقد فلا يوجب انفساخ
البيع بوقوع العجز عن تسليم المستحق بالعقد بخلاف الشفيع
حيث ياخذ بقيمة العرض لان الاخذ ثبت في حقه بالقيمة
لا بالعين فاستوى هلاكه وقيامه في حقه فان اختلفا
في قيمة العرض فالقول قول البائع وان اقاما البينة فهو على
اختلاف البينتين على قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف

على قياس قول ابي حنيفة البينة بينة الشفيع وعند محمد
البينة بينة البائع والله اعلم . باب
الشفعة للصغير هـ اذا بيعت دار وصبي شفيعها
كان لكل من له ولاية التصرف في ماله ان يطالب بالشفعة
ويأخذ به كالاب والجد والوصي لان الاخذ تصرف في المال
فيملكه مولاه فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصغير
اذا بلغ في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا
يصح التسليم والصبي على شفعته اذا بلغ لان الشفعة تثبت
للصغير نظرا وابطالها ضرر فلا يملكه مولاه ولنا ان الاخذ
بالشفعة تملك بعوض وانه دائر بين الضرر والنفع ولهذا
يملك الامتناع عن الاخذ وكذلك لو سكت واحد من هولاء
عن الطلب فهو على الاختلاف المذكور للمعنى الذي ذكرنا
لان السكوت تسليم وذكر في نوادر ابي يوسف اذا
اشترى دارا وابنه الصغير شفيعها له ان ياخذ بالشفعة
لابنه لان الشرا لا ينافي الاخذ بالشفعة لما مر فان لم ياخذ
له وسلم لنفسه جاز ولو باع دارا لنفسه وابنه الصغير
شفيعها لم يكن له ان ياخذ بالشفعة له لان البيع ينافي الاخذ
بالشفعة لما مر واما الوصي اذا اشترى دارا لنفسه والصبي
شفيعها وسلم الشفعة فالصبي على شفعته اذا بلغ وكذلك
اذا باع لان الوصي لا يملك نقل ما ملكه الى الصغير الا اذا
كان فيه نفع بين ولم يوجد فاذا لم يملك الاخذ لا يكون
سكوته تسليما . باب
الوكيل يشتري الدار فيطالب بالشفعة اذا وكل بشرا الدار

فيطالب بالشفعة اذا وكل بشرا الدار لغيره فهو خصم
للشفيع ياخذ الشفيع منه بالثمن ويكون بالعهدة عليه فان
سلم الوكيل الدار الى الموكل فلا خصومة بينه وبين
الشفيع والخصم هو الموكل لان بالتسليم اليه زالت يده فخرج
من ان يكون خصما كالبايع اذا سلمها الى المشتري لا يبقى
خصما الا ان البايع اذا لم يسلم فلا خصومة معه حتى يحضر
المشتري والوكيل اذا لم يسلم فهو خصم حال غيبة الموكل
هذا اذا علم انه وكيل اما اذا لم يعلم وادعى هو ذلك وانكر
الشفيع لا يندفع عنه الخصومة ولو قال المشتري قبل ان
يخاصمه الشفيع اشتريت لفلان وسلم ثم حضر الشفيع فلا خصومة
بينه وبين المشتري ولو اقر بذلك بعد ما خاصمه لم يسقط
الخصومة لان الخصومة بعد لم تثبت فيقبل قوله بخلاف
ما اذا اقر بعد الخصومة لان الخصومة قد ثبتت فلا
تسقط بقوله ولو اقام البينة انه قال قبل الشرا انا وكيل
فلان لم يقبل بينته وروي عن محمد انه يقبل بينته لدفع الخصومة
حتى يحضر المقر له

باب

اذا بنى المشتري او غرس ثم حضر الشفيع وقضي له بالشفعة
امر المشتري برفع بنائه وقلع غرسه وتسليم الساحة الى
الشفيع وقال الشافعي يتخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البنا
والغرس الذي احدثه او يترك وهو احدى الروايتين عن
ابي يوسف لان الامر بالقلع والدفع اثر العدوان والمشتري
غير متعد في تصرفه لانه تصرف في ملكه ولنا انه تصرف في محل
تعلق به حق الغير فيوم بنقضه وان كان فيه ضرر لكنه

التاسع

هو الذي اضر بنفسه مع علمه ان فيه حق الغير ولو اخذ الشفيع
وبنى ثم استحقت الدار امر الشفيع بنقض البنا ولم يرجع على المشتري
بقيمته ان اخذ منه ولا على البايع ايضا ان اخذ من يده بلا
خلاف في رواية الاصول المشهورة وروي عن ابي يوسف
انه يرجع بقيمة البنا ونظير هذه الجارية المأسورة اذا اشتراها
رجل فاخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت
في يده رجع على الذي اشتراه من اهل الحرب بالثمن الذي
دفع اليه ولم يرجع بقيمة الولد لابي يوسف انه تملك عليه
فيرجع كالمشتري اذا بنى ثم استحق يرجع على بايعه بقيمة
البنا كذا ههنا ولنا المشتري انما يرجع على البايع لانه
غره لانه بالبيع ضمن له سلامة المبيع ولا غرور فيما نحن
فيه لان الشفيع يتملك عليه جبرا او قهرا ه ه ه ه ه

باب

الشفيع يرد فيها الشفعة ه تصرف المشتري في الدار
المشفوعة صحيح الا ان يحكم بالشفعة وله ان يهدم و
يواجر ويطيب له ذلك لان المطلق للتصرف قائم في
حقه وهو الملك لان الثابت للشفيع حق التملك
فقبل التملك لا يثبت له الملك ولو اشترى دارا وله
شفيع فبيعت دار الى جنب هذه فطالب بالشفعة وقضي
له ثم حضر الشفيع فقضي له بالدار الاولى يحول لانه حين
اشتراها لم يكن لها شفيع غيره ونقض الحكم في الثانية
للمشتري لانه حين اشترا كان شفيعها بالجوار
فاستحقها بالشفعة فوقع القضا له صحيحا ثم ذو اليد

عن ملكه باخذ الشفيع لا يبطل الحكم لزوالها بالبيع
ولو كان الاول جار الدارين والمسئلة بحالها حكم له الاول
بالدار الاولى لما بينا والنصف من الثانية لانه كان
شفيعا مع المشتري بالجوار فكان بينهما وعن ابي
يوسف فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى الاخر نصفها
الاخر فخاصمه المشتري الاول فقضي له بالشفعة بالشركة
ثم خاصمه جار في الشفعتين جميعا فالجار احق بالنصف
الاول لانه حين بيع لم يكن له شفيع الا هو فلا حق له
في النصف الثاني لان المشتري الاول شريك فيه والشريك
مقدم على الجار وكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى
نصفها ولو كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري
للنصف الاول ولم يخاصمه فيه حتى اخذ الجار النصف
من المشتري الاول صح
الاول فالجار احق بالنصف الثاني لان ملك المشتري
الاول قد بطل قبل اخذه الشفعة باخذ الشفيع ما اشتراه
فبطلت شفعته في النصف الثاني فبقي الجار شفيعا رجل
فاستحق النصف الثاني بالجوار كما في الاول
ورث دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة ثم
بيعت دار بجنب الثانية فاخذها بالشفعة ثم استحقت
الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فانه ياخذ الدار
الثانية ويكون الوارث احق بالثالثة لانه ظهر انه لم
يكن جار الثانية لانه ظهر بالاستحقاق ان الموروثة
لم تكن ملكا له ولم يظهر ان الثانية لم تكن ملكا له حين
اخذ الثالثة بالشفعة بل كانت ملكا له ثم زالت عن ملكه
وكان الاخذ بناء على سببه وقال ابو يوسف لو باع نصف الدار

من رجل ليس بشفيع وقاسمه بامر القاضي ثم قدم الشفيع
ونصيب البايع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري
فان هذا لا يبطل شفعة الشفيع لان القسمة تفرق من
المشتري وانه لا يبطل حق الشفيع وقد روينا عن ابي حنيفة
خلاف هذا فيما تقدم ولو كان البايع باع نصيبه بعد
القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع فان
قضى القاضي بالاخيرة جعل بينهما وقضى بالاولى للاول
فان بدا فقضى بالاولى للاول قضى له بالاخيرة ايضا لانه
اذا قضى بالاخيرة ابتدا فالشفيع ومشتري النصف جاران
فيكون بينهما وان قضى بالاولى للاول ابتدا فقد زال ملك
المشتري عن نصفه فلم يبق لجار الا النصف الثاني عند
القضا بالشفعة فلا يكون له حق الشفعة في الثاني

باب

الشفيع والمشتري يختلفان فيما وقع عليه العقد (البيع) هـ اذا
اشترى دارا فقال المشتري اشتريت العرصة بالف
على حدة والبنا بالف وقال الشفيع لا بل اشتريتهما جميعا بالفين
فالدار لي بينهما فالقول قول الشفيع لان الظاهر يشهد
له وهو اتصال البنا بها في الحال لانهما اتفقا على شراهما
وانه سبب استحقاق البنا بالشفعة مع الدار والمسقط
هو التفريق فكان المشتري مدعيا السقوط وهو ينكره فكان
القول قول المنكر فان اقاما البينة ولم يوقتا فالبينة بينة
المشتري في قول ابي يوسف لان بينته تثبت امرا عارضا
وهو السقوط بالتفريق وبينة الشفيع تنفي فكانت اسبق بينة.

اولى وقال محمد البينة بينة الشفيع لان الترجيح انما
يصار اليه اذا تعذر العمل بهما ولم يتعذر فانه يجوز انه اشترى
متفرقا ثم مجتمعا فياخذ الشفيع بالشرا الثاني ولان بينة
الشفيع ملزمة المشتري حكما وبينة المشتري لا ملزمة فكان بها
بينا وقال ابو يوسف اذا ادعى المشتري انه احدث البنا
فالقول قوله لانه لم يقر بشرا البنا حتى يكون مقرا بالسبب
الشفيع بل الشفيع يدعي عليه استحقاق الشفعة وهو ينكر
فكان القول قوله والبينة بينة الشفيع لانه يدعي الاستحقاق
ومن اشترى دارين وبهما شفيع ملاصق فقال المشتري
اشتريت واحدة بعد واحدة فشفعتك في الثانية وقال
الشفيع بل اشتريتهما صفقة واحدة فلي الشفعة فيهما
فالقول قول الشفيع لما بينا وان اقاما البينة فعلى الاختلاف
الذي ذكرنا لما بينا ولو قال المشتري وهب لي هذا
البيت مع طريقه ثم اشتريت بقيته وقال الشفيع لا بل
اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما اقر المشتري انه
اشتراه ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لانه لم يقر بالشرا
فيما ادعى الهبة فيه وان اقاما البينة فالبينة بينة المشتري
في قول ابي يوسف لانها تثبت امرا عارضا وهو السقوط ولو
قال المشتري اشتريت نصفا ثم نصفا فقال الشفيع بل
اشتريت الكل صفقة واحدة فالقول قول الشفيع لانهما
اتفقا على الشرا في النصفين والمشتري يدعي سقوط
حق الشفيع في النصف الثاني بالتفريق والشفيع ينكر فكان
القول قوله ولو قال المشتري اشتريت ربعا ثم ثلثة الارباع

فلك الربع وقال الشفيع بل اشتريت ثلثة الارباع اولا ثم
الربع فالقول قول الشفيع لما بينا فان قال المشتري اشتريت
صفقة واحدة وقال الشفيع بل اشتريت نصفا فانا اخذ النصف
فالقول قول المشتري فيأخذ الشفيع الكل او يدع لان الشفيع
يدعي تفريق الصفقة عليه وانه ضرر وانه ينكر فكان
القول قول المنكر

باب

اختلافهم في صحة البيع وفساده اذا تصادق البايع
والمشتري على شرط الخيار للبايع في اصل البيع وانكره
الشفيع فالقول قول المتبايعين ولا شفعة للشفيع في
قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وروي عنه ان القول قول الشفيع لان الاصل في البيع
البتات والخيار خلاف الاصل فكان القول قول من
تمسك بالاصل وانا ان حق الشفعة بنا على البيع وانه يقوم
بالمتبايعين فيعتبر تصادقهما ولو اختلف البايع والمشتري
فادعى البايع الخيار لنفسه وانكره المشتري فالقول
قول المشتري في المشهور من الرواية وروي عن ابي حنيفة
ان القول قول البايع لانه لم يقر بخروج المبيع عن ملكه و
المشتري يدعي التملك عليه وهو ينكر فكان القول قوله
ولنا ان الاصل في البيع البتات فكان القول قول من
يتمسك بالاصل وهذه نظير مسألة اول الباب وعن ابي
يوسف ان البايع والمشتري اذا تصادقا ان البيع كان
فاسدا وقال الشفيع كان جايزا فالقول قول الشفيع وعلى
قول ابي حنيفة ومحمد القول قول المتبايعين ولا شفعة للشفيع لما

ذكرنا من المعنى فصل واو اشترى دارا فاراد الشفيع
اخذها بالشفعة فانكر المشتري ان تكون للدار التي في
يده مملوكة له لم يثبت الشفعة حتى تقيم البينة انها داره
وعن ابي يوسف في احدى الروايتين ان القول قول الشفيع
ولا يحتاج الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي لان اليد
دليل الملك ولهذا يحل للرجل ان يشهد بالملك بناء على اليد
ولنا ان اليد في كونه دليل الملك محتمل والحجة المحتملة تكفي للدفع
ولا تكفي للالتزام على الغير وان كان ظاهرها الحرية الشاهد
اذا انكرها المشهود عليه لا يكتفى بظاهر الحرية بل يطلب
اثباتها بالبينة كذا هذا وعن ابي يوسف فيمن ادعى على
رجل دارا واقام البينة ان هذه الدار كانت في يد ابيه
مات وهي في يده فانه يقضى له بالدار فان جاء يطلب الشفعة
بدار الى جنبها لم يقض بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك
وهذا يدل على ان القضاء باليد ليس قضاء بالملك ولهذا لا يكفيه
في الاخذ بالشفعة

باب

استحقاق الشفعة اذا بيعت دار في زقاق غير نافذ
فاهله جميعا شركاء في الشفعة وهم اولى من الجيران الملاصقين
وقال محمد اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق لانهم شركاء
في الحق اذا كان الطريق مملوكا او كان فناء غير مملوك لانه
في حكم المملوك وقال ابو حنيفة في الدارين اذا كان بينهما
طريق نافذ فلا شفعة الا للجار الملاصق والطريق النافذ
الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك اهله سده وتتعلق به
حقوق جميع المسلمين وكذلك النهر اذا كان بين اقرحة

هو

فالشركاء في النهر اولى من الجار الملاصق الا اذا كان النهر
عظيما يتعلق به حق الجماعة والحد الفاصل بين الصغير و
الكبير عند ابي حنيفة ومحمد ان الكبير ما تجري فيه
السفن والصغير ما لا تجري فيه السفن وعن ابي يوسف انه
قال لا استطيع ان احده بحد قال بعض اصحابنا اذا اشترك
فيه مائة فما دونهم فهو صغير وان كانوا اكثر من ذلك
فهو كبير وقال محمد اذا شق من هذا النهر نهر تربيع فيه
ارضون فاصحاب التربيع احق بما فيه بمنزلة سكة تتربع
وصورته اذا انتزع من هذا النهر نهر اخر فبيعت ارض تشرب
من هذا النهر النازع فاهل النهر النازع احق بالشفعة من
اهل النهر الكبير لانهم شركاء في الشرب دون غيرهم ولو بيعت
ارض على النهر الكبير كان اهله واهل النهر النازع سواء لان
اهل النهر النازع والكبير شركاء في الشرب وصورة السكة
تتربع زقاق لا منفذ له ينعطف منه زقاق لا منفذ له لان
اهل الزقاق المنعطف شركاء لاهل الزقاق غير المنعطف
في طريقهم واهل الزقاق السواء شركاء مع اهل الزقاق المنعطف
في طريقهم وقال محمد في قراح واحد في وسطه ساقية جارية
شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح مع الشفيعين
احدهما يلي هذه الناحية من القراح والاخر يلي الجانب الاخر
قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية كحايلة ولو كانت
هذه الساقية تجوز القراح وتشرب منها الف جريب خارج من
هذا القراح فان اصحاب الساقية احق بالشفعة من الجار لانهم
شركاء في الشرب فكانوا اولى بالشفعة من الجار ههه

لا
لانهم

باب
الشفعة بالحيطان ومسيل الماء رجل له مسيل ماء في
دار بيعت كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة لانه يختص
بمسيل مائه وليس للآخر فيه شركة بخلاف الشرب فانه
مشترك بينهما ولو ان حائطا بين داري رجلين والحائط
بينهما فصاحب الشركة في الحائط اولى بالحائط من الجار و
بقية الدار ياخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا روي عن
ابي يوسف وزفر لانه شريك في بقعة معينة جار في البقية
وروي عن ابي يوسف في رواية اخرى ان الشريك في الحائط
اولى بجميع الدار وكذلك بيت في دار بين رجلين فباع رجل
الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك في البيت فصاحب
الشركة في البيت اولى بالبيت وبقية الدار بينهما وقال ابو
الحسن واصح الروايات عن ابي يوسف ان الشريك في الحائط
اولى ببقية الدار من الجار لان الشريك في الحائط والبيت
شريك في نفس المبيع لمشاركته في بعضه فيتقدم على الجار و
ذكر عن محمد مسئلة تدل على ان الشريك في الحائط اولى فانه
قال في حائط بين دارين ولكل واحد منهما عليه خشب ولا
يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشب فبيعت احدى الدارين قال
ان اقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو احق من الجار وقوله
احق من الجار ظاهره يقتضي انه احق بالجميع قال محمد ولو اقر
البائع قبل البيع ان الحائط بينهما لم اجعل بهذا شفعة [illegible]
الدار في يدي رجل اقر انها لآخر فبيعت الى جنبها دار فطلب
المقر له بالدار الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة ان الدار

داره لان الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق غير المقر وذكر
في المنتقى عن ابي يوسف في رجل في يده دار يعرف القاضي انها
له فبيعت دار الى جنبها فقال الشفيع بعد بيع الدار التي
فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة
وقال هذا في وقت يقدر على اخذ الشفعة لو طلبها لنفسه
قال لا شفعة له ولا للمقر له حتى يقيم البينة على الشرا لان
الاقرار حجة قاصرة وذكر الخصاف في اسقاط الشفعة ان
البائع اذا اقر بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار
ان الجار لا يستحق الشفعة وكان ابو بكر الخوارزمي يخطئ
الخصاف في هذه ويستدل بمسئلة الحائط لان المعنى يجمعهما
وهو كون الاقرار حجة قاصرة ومن اصحابنا من صحح قول الخصاف
ويفرق بينه وبين مسئلة الحائط وقال الشفيع نفى بكون محل
الدار مملوكة للمقر له واذا اقر بجزء منه شايع يجب تنفيذه
بخلاف الحائط فانه شيء معين والشفيع لم يعترف بكونه ملكا
وروي عن ابي يوسف فيمن اشترى حائطا بارضه ثم اشترى
ما بقي من الدار ثم طلب الجار الحائط بالشفعة فله الشفعة في
الحائط ولا شفعة له فيما بقي من الدار لانه جار في الحائط دون
البقية ه فصل ولو اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية او شرط قبل القبض او بعده او
رد عليه بعيب قبل القبض او بعده بقضاء القاضي فلا شفعة للشفيع
بسبب الرد لان الرد بقضا فسخ في حق الكل فيعود الى البائع
ملكه القديم وان كان بغير قضا كان للشفيع الشفعة لان
الرد بغير قضا بيع جديد في حق ثالث وكذلك الاقالة قبل القبض

الرائق

او بعده بغير قضا بمنزلة بيع جديد في حق الشفيع واذا اشترى
دارا بثمن موجل فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بالثمن حالا
وان شا انتظر مضي الاجل لان الاجل لا يثبت بالبيع وانما
يثبت بالشرط والشرط لم يوجد مع الشفيع فلا يثبت الاجل في
حقه فلا يثبت له الاخذ بثمن موجل وان اخذها بثمن حال كان
الثمن للبايع على المشتري الى اجله لان الشفيع تملك على
المشتري فصار كما لو اشترى منه ولو اشترى منه بثمن حال
بقي الثمن عليه موجلا كذلك هذا وعن ابي يوسف يجب
على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الى حين
حل الاجل فذلك تسليم منه لان الشفعة تثبت بالبيع وتاخر
الطلب الى حين علمه بالبيع فاذا لم يطلب حين علم تبطل شفعته
كما اذا كان الثمن حالا ثم رجع عن هذا وقال اذا طلب عند
حل الاجل فله الشفعة لان الحاجة انما تمس الى الطلب للاخذ
فاذا لم يمكن الاخذ قبل الحل لا يشترط الطلب وان مات
الشفيع قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته وقال
الشافعي لا تبطل وللوارث حق الاخذ بناء على ان حق الشفعة
يورث عنده وعندنا لا يورث لان الثابت له حق التملك
على وجه التخير وانه وصفه فلا يجري فيه الارث كما في خيار
الشرط واذا باع العبد الماذون دارا وعليه دين والمولى شفيعها
فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار
اجنبيا عنه بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين حيث لا يثبت
له الشفعة لانه يملك اكسابه فيقع حكم البيع له فيصير العبد
وكيلا بالبيع وقد ذكرنا ان الوكيل بالبيع اذا باع والموكل

شفيعها فلا شفعة له ولو اشترى دارا والمولى شفيعها وعليه
دين فلمولاه الشفعة لانه لا يملك كسبه وان لم يكن
عليه دين فالملك يقع للسيد فلا معنى للاخذ بالشفعة
واما المكاتب فيما يبيع ويشتري فهو بمنزلة الاجنبي
لان حق السيد لا يظهر في كسبه وذكر في الاصل اذا
شهد شاهدان ان البايع والمشتري سلما الشفعة للشفيع
وشهد اخران ان الشفيع سلم الشفعة فانه يقضي بالدار
للذي هي في يديه سوا كان المشتري او البايع كرجلين
اختصما في دار كل واحد منهما يزعم انه اشتراها من الاخر بثمن
مسمى ولم يذكر في الاصل خلافا الا انه اذا لم يعرف التاريخ
بينهما حكمنا بوقوع التسليم منهما معا لكن تسليم المشتري
يلحقه الفسخ وتسليم الشفيع لا يلحقه الفسخ لان الشفعة
بالتسليم تسقط فلا تعود واذا ادعى دارا فانكر المدعى
عليه ثم صالحه من دعواه على دار وجبت الشفعة في المصالح
عليها لان في زعم المدعي انه اخذ الدار المصالح عليها
عوضا عن الدار المصالح عنها وزعمه معتبر في حقه لا في
الدار المصالح عنها حيث لا تجب فيها الشفعة فان في زعم
المدعى عليه ان الدار المصالح عنها كانت ملكه لم ينتقل
اليه بعوض وانما دفع الدار دفعا لاذى الخصومة وزعمه
معتبر في حقه فلا تجب الشفعة واذا كفل رجل للمشتري
عن البايع بالدرك ثم شهد ان المشتري سلم الدار الى
الشفيع لم تقبل شهادتهما لانهما يبعدان ضمان الدرك
عن انفسهما ببينتهما ولو شهدا ان البايع سلم الشفعة .

الا الشفيع سلم الشفعة

لا يقبل شهادتهما ايضا لان الكفالة المشروط في البيع يقف
تمام البيع عليها فنزلا منزلة البايع والبايع اذا شهد بتسليم
الشفعة لا تقبل شهادته لانه يسعى لاحكام عقده فكذا
هذا ولو شهد ابنا البايع ان الشفيع سلم الشفعة فان
كان البايع لم يسلم الى المشتري لم تجز شهادتهما لان لهما
فيه نفع وهو سقوط التسليم عن ابيهما وان كان سلم جازت
لانه لا نفع لهما فان قيل البايع اذا شهد بعد التسليم لا تقبل
قلنا انما لا تقبل لانه ساع في اتمام بيعه لا لان له فيه نفع
وعدم قبول شهادته لاجل النفع وقد عدم هاهنا ولو
اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر فان كان الشفيع ذميا
اخذ بمثل الخمر وان كان مسلما اخذ بقيمتها لان المسلم
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها بخلاف الذمي ولو باع
المريض دارا بالفين تساوي ثلثة الف ووارثه شفيعها
فلا شفعة له اجازت الورثة او لم يجيزوا وعند صاحبيه له
الشفعة بثلثة الف هكذا ذكر القدوري وذكر في
الاصل وفي الجامع الكبير بلا خلاف وهو الصحيح لان
الوارث يتملك بما يتملكه المشتري فيتمكن المحاباة
في حقه واجازة الورثة لا تعمل في حق المشتري لان
المحاباة تخرج من الثلث فلا في حق الوارث فيما اذا كان
الابن مشتريا واجنبي شفيعها فعند ابي حنيفة لا شفعة
للشفيع لان عنده لا يصح هذا البيع من الوارث وعندهما
له الشفعة لان البيع من الوارث صحيح عندهما ويدفع المحاباة
كذا ذكر الخلاف في الجامع فان كان للدار شفيعان احدهما

جاران

غايب والاخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاضي لا يرى الشفعة
بالجوار فابطل شفعته ثم حضر الغايب فخاصمه الى قاضي
يرى الشفعة بالجوار فقضى له بجميع الدار لان القاضي
ابطل الشفعة في حق الحاضر فبقيت في حق الغايب بلا
مزاحم ولو قال القاضي الاول ابطلت كل شفعة تتعلق بهذا
البيع لم تبطل شفعة الغايب لانه قضا على الغايب وانه لا
يجوز وقال محمد اذا بلغ الشفيع البيع فصلى بعد الجمعة
اربعا لم تبطل شفعته لان الاربع بعد الجمعة بتسليمة واحدة
سنة فصارت بمنزلة ركعتين بتسليمة واحدة وان صلى الستة
من ذلك بطلت لان الزيادة على الاربع ليست بسنة فصار
كالشروع في الصلوة ابتداء ذكر محمد في المخيرة اذا
كانت في صلوة النفل فان زادت على الركعتين بطل
خيارها وهذا محمول على النفل المبتدأ واما النفل الراتب
الذي من سنته ان يكون اربعا وهو كالفرض فلا يبطل
خيارها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت الى جنبها دار
فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية وان كان له
فيها خيار شرط بطل لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح
الابطال فبدلالته اولى وخيار الشرط يبطل بدلالته
وصريحه وروي عن ابي يوسف في بيت عليه غرفتان
احدهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق في دار اخرى وليس
بينهم شركة في الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم
صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعا
لانهما تساويا في سبب الاستحقاق وهو الجوار فتساويا

في حكمه   ولو باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط
دون الاسفل لانه الجار دونه   وقال ابو يوسف لا
تكره الحيلة في ابطال الشفعة وقال محمد رح في ذلك اشد
الكراهية لان الشفعة شرعت لدفع الضرر وفي اباحة
الحيلة اثبات الضرر وانه لا يجوز ولنا ان الضرر في ابطال حق
ثابت وليس هاهنا حق ثابت فكان هذا امتناعا من الثبوت
فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة

كتاب

الذبائح و معرفة مسايله مبنية على معرفة ما يوكل
لحمه من الحيوان وما لا يوكل ويستحل ما يوكل وشرطه
فنقول وبالله التوفيق الحيوان يتنوع الى مائي وهو الذي
لا يعيش الا في الماء وبري وهو الذي لا يعيش الا في البر
فالمائي مكروه كله الا السمك وقال الشافعي لا يكره
وله في الضفدع قولان لما روي عن النبي عليه السلام انه
سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته من
غير فصل قلنا اراد بها السمك بقوله عليه السلم احلت لنا
ميتتان ودمان فالميتتان السمك والجراد وقال عليه السلم
في الضفدع خبيثة من الخبائث ونهى عن التداوي به والسمك
حلال بجميع انواعه لان اسم السمك يتناول الكل الا الطافي
فانه حرام لما روي جابر عن النبي صلى الله عليه انه نهى عن
اكل الطافي وعن علي وابن عباس مثله والطافي ما مات
حتف انفه من غير سبب دون الذي يموت بسبب حتى قيل في
سمكة ابتلعت سمكة انها توكل لانها ماتت بسبب حادث

وهو الابتلاع وعن محمد في السمكة اذا كان راسها على الارض
والباقي في الماء انها توكل لان راسها اذا كان في البر
فالظاهر موتها بسبب حادث بخلاف ما اذا كان راسها
او الكثير في الماء حيث لا توكل لان الظاهر انه مات حتف انفه
واما ما يموت من الحر والبرد او كدر الماء ففيه روايتان في
رواية انه يوكل لانه مات بسبب حادث وهو احد الاشياء
الثلثة ولا يوكل في الاخرى لان ليس هذه الاشياء الثلثة
بسبب للموت ظاهرا   والبري يتنوع الى وحشي وانسي
فالانسي يحل منه الابل والبقر والغنم لقوله عز وجل احلت لكم
بهيمة الانعام وانه اسم يتناول الثلثة والاجماع منعقد
عليه والدجاج مباح اكلها بالاجماع والبط الكسكري و
حكم الدجاج وما عدا الانعام من البهايم الانسية لا يجوز اكله
ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية لان النبي عليه السلم حرم
لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر وعنه عليه السلم انه امر ابا طلحة
ان ينادي ان رسول الله ينهاكم عن لحوم الحمر الاهلية فانها
رجس والبغال والخيل عند ابي حنيفة مكروه وعند ابي يوسف
ومحمد لا يكره لما روي عن انس رضي الله عنه انه قال اكلنا لحم الفرس
على عهد رسول الله وعن جابر حرم رسول الله لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر واذن في الخيل ولنا قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها من علينا بركوب الخيل دون اكلها فلو كان
ماكول اللحم لذكر لان نعمة الاكل فوق نعمة الركوب اذ لا
يليق بحكمة الحكيم ان يذكر ادنى النعمتين في معرض الامتنان
ويعرض عن الاعلى وهذا منقول عن ابن عباس وعن خالد.

بن الوليد ان النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير
وفعل الغزاة على عهد النبي لا يكون حجة حتى يعلم النبي به
به ويقره على ذلك ويحل من الوحشي ما يحل من الانسي
وهي الارانب والبقر الوحشي والظباء والوعول ويحل ايضا حمر
الوحش ويحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذي ناب
من السباع وكل ذي مخلب من الطير وهذا حديث مشهور
فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب
والضبع والكلب والسنور الاهلي والبري والمراد بذي
الناب الذي يتقوى بنابه على الصيد ونهى رسول الله عن
الخطفة وهو ما يختطف في الهوى كالبازي وعن النهبة
وهو ما ينتهب على الارض كالذئب ونهى ايضا عن المجثمة
بفتح الثاء وكسرها فبفتحها اسم لصيد يجثم عليه الكلب
حتى يموت وبكسرها الذي اعتاد الجثوم على الصيد كالكلاب
ونحوه ويكره اصحابنا لحم الفيل لانه ذو ناب والدب والقرد
لانها ممسوخات واليربوع وابن عرس لانهما من الهوام ويكره
اكل جميع الهوام مما يكون سكناه في الارض كالفار والاوزاغ
وسام ابرص والقنافذ والحيات لانها خبيثة وقد قال تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وكل ما لا دم له كالزنبور والذباب
وكل ما يدب لانها مستخبثة وقد ورد النص باباحة الجراد
والضب يكره لحمه لما روي عن رسول الله صلوات الله انه سئل عن
الضب فقال ان امة مسخت فاخاف ان يكون منها فافاد
هذا الحديث تحريم الممسوخ والضب فصار الشافعي محجوجا
به لانه يبيح اكل الضب ويكره كل ذي مخلب من الطير

ط

كالصقر والبازي والشاهين والنسر والعقاب ويكره اكل الرخم
والبغاث وما يأكل الخبث من الطير كالغراب الابقع والغداف
لما روي عن عروة انه سئل عن الغراب فقال من ياكله
بعد ما سماه الرسول فاسقا ولا باس باكل ما ياكل الحب وهو
الذي يشبه الزاغ وقال ابو يوسف سالت ابا حنيفة عن العقعق
قال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه يخلط
بشيء اخر فثبت من اصله ان ما يخلط لا باس باكله وقال ابو
يوسف يكره لان غالب اكله النجاسة ولا باس باكل الارنب
لما روي عن عمار بن ياسر انه قال كنا عند النبي صلى الله عليه فاهدى
له اعرابي ارنبة مشوية فقال لاصحابه كلوها وقال ابو يوسف
السنجاب والفنك والسمور والدلق سبع كالثعلب وجنين
الناقة اذا خرج بعد ما ذبحها حرام في قول ابي حنيفة وزفر والحسن
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا باس باكله اذا تم خلقه وان
لم يوكل لا يحل الا اذا حلت ثبت في الام فيسري الى الولد
كالملك وانا الجنين اصل في الحيوة فيكون اصلا في الزكاة
والحكم انما يسري الى الولد اذا كان تبعا في محلية الحكم والولد ليس
تبعا في محلية الحكم وهو الحياة فلا يكون تبعا في الحكم بخلاف الملك
فانه تبع للام في محلية الملك وهو المالية وقد ورد النهي عن اكل
الجلالة وشرب لبنها وهي التي الاغلب من اكلها النجاسة لان
النبي عليه السلام نهى عن اكل الجلالة ونهى ان يشرب البانها
وان يحج عليها او ان يعتمر وهذا محمول على انها اذا انتنت فحينئذ
يمتنع من استعمالها لكيلا يتاذى الناس برائحتها الخبيثة
واما الدجاج فلا يكره اكله لانه لا ينتن فيها لانها لا يتغير

لانه

من اكل النجاسة ولهذا قال اصحابنا في جدي ارتضع من خنزير
لا يكره لانه لا يتغير بهذا القدر وعن ابي حنيفة في الجلالة
تحبس ثلثة ايام وروى محمد عنه انه لم يوقت وقال تحبس حتى
تطيب وعن النبي عليه السلام انه كان يحبس الدجاج
ثلثة ايام ثم ياكل وانه محمول على التنزه ه

باب صفة الذكاة

ه الذكاة سبب لحل ما يوكل لحمه لانه
قابل للحل دون ما لا يوكل لحمه فان الذكاة فيه لا يفيد
حل الاكل وانما تفيد طهارة الجلد واللحم والشحم في رواية
الكرخي خلافا للشافعي والمسلة مذكورة في كتاب الطهارة
والذكاة تتنوع الى اختيارية حال القدرة وتختص بمحل
مخصوص سوا كان من جنس الوحش او الانعام والى اضطرار
يه حالة العجز وهو العقر في اي مكان كان منه والاصل
في الذكاة قوله عز وجل الا ما ذكيتم لكن التكليف بني
على الوسع فشرعت حالة القدرة في محل مخصوص لقوله عليه السلام
الذكاة ما بين اللبة واللحيين وفي حالة العجز في اي مكان
منه ومحلها اللبة وما فوقها الى اللحيين حالة القدرة لحديث
النبي رويناه وذكر في الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق
كله اسفله او وسطه او اعلاه والذكاة في الاوداج
هي اربعة الحلقوم والمري والعرقان اللذان بينهما الحلقوم
والمري وهما الودجان فاذا فرى الجميع فقد اكمل الذكاة
وعن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا قطع اكثرها اكل وفسره
اذا قطع الثلثة منها من اي جانب كان وهو قول ابي يوسف
لان الاكثر حكم الكل ثم قال بعد ذلك لا يوكل حتى يقطع الحلقوم

والمري واحد العرقين لان الحلقوم مجرى النفس والمري
مجرى الطعام والشراب والودجان مجرى الدم فيحصل بقطع
احدهما المقصود منهما انما لا يحصل المقصود بقطع المري دون الحلقوم
وكذا على العكس وحمل ابو الحسن قول ابي حنيفة في الاكثر
على الاكثر من كل واحد من الاربعة وقال ابو حنيفة السنة
في الابل النحر وفي غيرها الذبح لان النبي عليه السلام نحر الابل
وذبح البقر والغنم ولان المعتبر في الباب ما هو الاسهل والاسفل
ما ذكرنا لان اللبة ليس عليها لحم وما سواها من حلقها عليه لحم
كثير بخلاف البقر والغنم فان ذبح الناقة اجزاه والنحر
احب الي وكذلك لو نحر الشاة اجزاه لان المقصود قد
حصل وهو فري الاوداج الا ان فيه انه ترك السنة وقال
ابو حنيفة اذا ضرب عنق جزور بسيف فابانها وسمى فان كان
من قبل الحلقوم يوكل لانه حصل المقصود وقد اساء لانه
زاد في الالم بلا حاجة وان ضربها من قبل النحر فان قطع
الحلقوم والاوداج قبل ان تموت اكل لحصول المقصود وقد اساء لما
زاد من الالم وكذا اطلاق الشاة وكل ذبيحة وان ضربها من
القفا فان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لانه مات قبل تمام
الذكاة وان مات بعد اخذ لحصول المقصود وينبغي
للمذكي ان يتعمد زيادة او نقصانا لان في الزيادة زيادة الم
بلا حاجة وفي النقصان نقصانا من الشروط والسبب انما
ينعقد له الحل اذا وجد شرايطه منها كون المحل ماكول
اللحم لان السبب لا ينعقد الا في محله ومنها التسمية ه

باب التسمية

على الذبيحة التسمية شرط عندنا حتى لو تركها عامدًا
لم تحل ولو تركها ناسيا حل وقال الشافعي في قول ليست بشرط
لانها لو كانت شرطا لما حلت ذبيحة الناسي والاخرس لان
ما كان شرطا يستوي فيه النسيان والعمد كالطهارة وفي قول
شرط لكن الملة اقيمت مقامها ولنا قوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواف امر بالتسمية على البدن في حالة يتعقبها
سقوط الجنوب التي يتعقبها حل الاكل بلا فصل ويبين ذلك
الاصالة النحر والامر للوجوب والواجب لا يخلو اما ان يكون
ركنا او شرطا والتسمية ليست بركن فتعينت شرطا وكذلك
الكتابي اذا ترك التسمية عامدا لم يؤكل وما ذكره راى
في مقابلة الكتاب فلا يكون حجة لكن الشرط اعتبارها على
وجه لا يؤدي الى الحرج وذلك في اشتراطها في الذبح على الذبح
وفي الرمي وفي الارسال عند الارسال دون تعيين المرسل
اليه والمرمي اليه لان التسمية شرط الذكاة فيشترط وجودها
معها بقدر الممكن حتى انه لو اضجع شاة وسمى ثم كلم انسانا
او شرب ماء ثم ينقطع التسمية الا اذا كان فعلا طويلا لان
في القصير حرج ولا حرج في الطويل فاعتبر قاطعا وعن ابي يوسف
فيمن اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فارسلها واضجع اخرى
وذبحها بتلك التسمية لم تحل لان الذبح شرط ولم توجد ولو رمى
صيدا او سمى فاخطا فاصاب اخر فقتله فلا باس باكله لان
الشرط التسمية عند الرمي وقد وجدت وكذا ارسال الكلب
بمنزلة الرمي لشرط التسمية عند الارسال ولا يعتبر تعيينه
لان فيه حرج وعلى هذا اذا ذبح شاتين بتسمية واحدة لم يؤكل

العاشر

الثانية لان التسمية لم توجد عند ذبح الثانية ولو رمى سهما
فقتل صيدين فلا باس باكلهما وكذلك الكلب لان الشرط
التسمية عند الرمي والارسال وقد وجدت ولو ارسل كلبا و
ترك التسمية عامدا فلما مضى الكلب سمى وزجره لم يؤكل سوا
انزجر او لا ولو كان الكلب اتبع الصيد بنفسه ثم سمى وزجره
فان انزجر بزجره حل وان لم ينزجر لم يحل لان الزجر اذا لم
يتقدمه ارسال غيره له الارسال اذا اتصل به الانزجار
فشرطت التسمية عنده بخلاف ما اذا تقدمه الارسال
لانه باق على ذلك الارسال فيأخذ حكمه وقال ابو يوسف
اذا شق الكلب بطن صيد فادركه المرسل وبه رمق فليس
عليه ان يذكيه وعلى قول ابي حنيفة يذكيه على كل حال
لان عنده الحياة التي ليست مستقرة كالمستقرة في باب الذكاة
حتى قال في المتردية اذا ذبحت وفيها رمق اكلت وقال ابو
يوسف اذا كانت تبقى اكثر من نصف يوم اكلت والا فلا
وقال محمد اذا كانت تبقى مقدار اضطراب المذبوح لم يؤكل
وان بقيت اكثر من ذلك اكلت ولو ذبحت شاة فاضطربت
فوقعت في ماء فلا باس باكلها ولو جرح صيدا فاصابه فوقع
في ماء او على حجر لم يحل لان الجرح في الصيد ليس بذكاة مستقرة
ولهذا اذا ادركه حيا لم يحل الا بذكاة والذبح ذكاة مستقرة
ولو اضجع شاة فسمى ثم رمى السكين وذبحها بسكين اخر اكلت
لان الشرط في الذكاة الاختيارية التسمية على الذبيحة حالة
الذبح وقد وجدت ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره لم يؤكل لان
الشرط في الذكاة الاضطرارية التسمية على السهم عند الرمي

وعلى الكلب حالة الارسال ولم يوجد والتسمية ذكر اسم الله على
وجه التعظيم لان الشرط ذكر اسم الله ولانه يحصل بالعجمية
كما يحصل بالعربية ولو قال اللهم اغفر لي لم يكن تسمية لانه
يقصد به الدعاء لا التسمية ويشترط ان توجد التسمية مجردة
عن ذكر اسم غير الله حتى انه اذا ذكر اسم النبي معه لا يحل
وكان ابو حنيفة يقول جرد التسمية مع الحجر فاذا فرغت
فادع بالتقبل ولو قال الحمد لله او سبحان الله على سبيل التسمية جاز
ولو قصد به الحمد والثناء لم يوكل لان الشرط قصد التسمية
على الذبيحة ولم توجد ومن شرطه الاله فصل الالة
على ضربين آلة تقطع وآلة تفسخ فالتي تقطع ان كانت حادة
جاز الذبح بها حديدا كان او غيره وان كانت كالة يعني
تقطع يكره لان المقصود حصل مع زيادة الايلام والتي تفسخ
كالسن القائم والظفر فانه لا يوكل لانه مخنوق والمخنقة
حرام بالنص ولو ذبح بسن منزوع او بظفر منزوع جاز ويكره
وقال الشافعي لا يجوز لقوله عليه السلام انهر الدم بما شئت الا ما
كان من سن او ظفر فان الظفر مدى الحبشة قلنا المراد به القائم
دون المنزوع بدليل اخر الحديث فان الحبشة كانوا يذبحون
بالظفر القائم اظهارا للجلادة وانه حرام لما بينا يدل عليه ما روي
عنه عليه السلام انه قال انهر الدم بما شئت الا ما كان قرضا بالسن
وذلك لا يكون الا بالسن القائم ومن شرطه اهلية المذكي حتى ان
غير الاهل لو ذكى لا تحل واهل الذكاة من له ملة ويعقل التسمية
والذبيحة ويضبطها لانه اذا كان من اهل الملة وهو يعقل
توجد منه التسمية ظاهرا وبالعقل والضبط يقدر حتى لا تحل ذبيحة

المشرك والوثني لانه ليس له ملة وكذا المرتد لانه لا ملة له لانه
لا يقر على ما انتقل اليه فان تحول الكتابي الى اخر نظر الى حاله دين
يوم ذبح فان كان من اهل الكتاب يحل ولا يعتبر ما كان
قبل ذلك وكذلك المجوسي لا تحل ذبيحته لقوله عليه السلام
في مجوس هجر سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير اكلي ذبائحهم
ولا ناكحي نسائهم وكذلك من لا يعقل التسمية ولا الذبيحة ولا
يضبط كالسكران الذي لا يعقل والمجنون وتحل ذبيحة
الصابئين عند ابي حنيفة وعندهما لا تحل والصابئون قوم من
النصارى يعبدون النجوم وابو حنيفة يقول لا يعتقدونها الهة
وانما يحترمونها احترام القبلة وهما يقولان يعتقدونها الهة فلا
يكونون من اهل الملة ولا باس بذبيحة الاخرس المسلم والكتابي
ونصارى بني تغلب واهل الكتاب من اهل الحرب لقوله عز وجل
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اراد به الذبيحة وهذا الاسم
يتناول الكل والصبي اذا كان بين ابوين يلحق بمن هو من اهل
الكتاب في حل الذبيحة وانما يلحقه لقوله عليه السلام الولد يتبع خير
الابوين دينا ولو ذبح النصراني واهل على ذبيحته بغير اسم الله
يسمع كلامه لم يوكل لقوله تعالى وما اهل به لغير الله والمسلم
او الكتابي اذا كان يعقل التسمية والذبيحة حل صبيا كان
مجنونا او امراة لانه اهل لما بينا ويكره للمذكي ان يترك
استقبال القبلة في الذبح وان فعل اجزاه لان المقصود قد
حصل والكراهية لترك الهيئة المشروعة ويكره ان يجر
برجلها بريد حتى بها الى المذبح لان فيه زيادة الم بلا فائدة
وان يضجعها ثم يحد الشفرة لان النبي راى رجلا يحد الشفرة

عن شاة اضجعها فقال اردت ان تميتها ميتات هلا احددت
الشفرة قبل ان تضجعها وان يكسر عنقها قبل ان تموت او يسلخها
قبل ان تبرد وتبلغ النخاع وهو العرق الابيض الذي في
عظم الرقبة لان في كل واحد منهما زيادة الم بلا فايدة ولا تحرم
ولا تحرم الذبيحة ما يكره فعله قبل الذبح وبعده لانه لم يخل بشرط
الحل عنه وذكر مجاهد وقال كره رسول الله من الشاة
الذكر والانثيين والقبل والغدد والمرارة والمثانة والدم وقال
ابو حنيفة الدم حرام لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم
واكره الستة لانه لا نص فيها **كتاب**
الصيد هو صيد البحر حلال في حق الحلال والمحرم لقوله
تعالى احل لكم صيد البحر وصيد البر مباح في حق الحلال لقوله
تعالى واذا احللتم فاصطادوا الا صيد الحرم فانه حرام في حق
الحلال والمحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرما واباحة الاصطياد تعم ما يوكل لحمه وما لا يوكل لقوله
واذا حللتم فاصطادوا ولان الاصطياد نوع كسب والكسب
تارة يقع بالاكل واخرى لغيره من الانتفاعات وما لا يوكل لحمه
انما تتعلق به منفعة الاكل يتعلق به منافع اخرى فصل اكل
ما يوكل لحمه من الصيد يتعلق بالذكاة الاضطرارية حالة
العجز ولها شروط منها ارسال الكلب والبازي والتسمية على
المرسل حالة الارسال او الرمي والتسمية على السهم حالة الرمي
لما روينا ومنها كون الالة التي يصطاد بها من الجوارح بناب
او مخلب لقوله وما علمتم من الجوارح قيل في تفسيره التي تجرح
ومن غير حيوان كالسيف والرمح والنشاب ومنها ان يجرح

في الرواية المشهورة حتى ان الكلب او البازي اذا لم يجرح
لا يوكل وعن النبي عليه السلام في حديث المعراض ما خزق المعراض
فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل وعن ابي حنيفة في الكلب
اذا خنق يوكل لانه تارة يتوصل بالجرح واخرى بالخنق فلو
قصر الامر على الجرح ادى الى الحرج ومن شروطه ان يكون الرامي
او المرسل من اهل الذكاة لان فعله يضاف اليه بواسطة ارساله
او رميه فيكون هو المذكي به فتعتبر اهليته وبيان الاهلية
قد تقدم ومن شروطه ان يلحقه المرسل او من يقوم مقامه قبل
انقطاع الطلب او التواري عنه لانه اذا غاب عنه ثم وجده
ميتا يحتمل ان شيا من الهوام قتله وعن ابن عباس كل ما
اصميت ودع ما انميت فسر ابو يوسف الاصما بان يموت وهو
يشاهده والانما بان يموت وهو غايب عنه ومن شرطه ان
يكون معلما لقوله وما علمتم من الجوارح وقوله عليه السلام اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ولا يكون الكلب
معلما الا بالامساك عليه فان اكل لم يكن معلما وقال الشافعي التعليم
ان يتبع الصيد اذا ارسل وان يجيب اذا دعي واما البازي
والصقر اذا اكل من الصيد فانه يوكل وهو يقيس الكلب على
البازي والصقر ولنا قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم
قيد بالامساك واذا اكل لا يكون ممسكا علينا وانما يكون
ممسكا على نفسه بدلالة قوله عليه السلام لعدي بن حاتم فان
اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه ولان التعلم انما يعرف بترك
عادته وعادة الكلب الاكل عند الظفر بخلاف الاجابة
عند الدعا فانها عادة اصلية له بخلاف البازي والصقر فان عادتهما

التوحش لا الاجابة عند الدعا فكانت الاجابة عند الدعا
تركا للعادة الاصلية فكان دلالة التعلم لان جثتهما لا
تحتمل الضرب ولا يمكن تعليمهما بترك الاكل بالضرب فلا يكون
تعليمه به بخلاف الكلب فانه يحتمل الضرب ولو جرح الكلب
الصيد فولغ في دمه اكل لانه دليل على علمه حيث تناول
ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ومن شروطه ان
يلحقه مقتولا او حيا لا يسع الوقت لذبحه اما اذا لحقه ووجد
من الوقت ما لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لان الجرح
بدل عن الذبح فيسقط حكمه بالقدرة على الاصل وقد قدر بخلاف
ما اذا لم يمكن ذبحه حيث يؤكل لانه لم يقدر على الاصل
فبقي حكم البدل وان ادركه حيا فمات قبل ان يذبحه لضيق
الوقت لم يؤكل لانه لما ادركه حيا فقد صار ذكاته اختيار
يه فلا يحل بدونها كالشاة المريضة اذا ادركها في حالة
لا يسع الذكاة وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يؤكل استحسانا
وهو قول الشافعي لما بينا ان حكم البدل انما يسقط اذا قدر على
الاصل ولم يوجد ولو ادركه حيا فذكاه حل لانه لا يخلو
اما ان كانت حياته مستقرة فيحل بالذكاة واما ان تكون
غير مستقرة فيحل بالجرح عندهما وعند ابي حنيفة بالذبح لان
غير المستقرة من الحياة عنده كالمستقرة في باب الذكاة وما
جرحه ذئب او سبع فذكاه حل عند ابي حنيفة وان لم تكن
الحياة مستقرة لما مر وكل بعير او بقرة او شاة ندت فصارت
كالصيد لا يقدر عليها صاحبها فان ذكوتها ذكوة الصيد لما
روي ان بعيرا ند في عهد رسول الله فرماه رجل فقتله فقال عليه السلام

ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت بها هكذا فافعلوا
بها هكذا لانه شارك الصيد في كونه معجوز الذبح في المذبح
فشاركه في ذكاته وعن محمد البقرة والبعير اذا ندا في
المصر او الصحرا فذكاتهما العقر واما الشاة اذا ندت في الصحرا
فذكاتها العقر وان ندت في المصر لم تحل بالعقر لان الشاة
يقدر عليها في المصر دون الصحرا لانها لا تدفع عن نفسها بخلاف
البقر والابل فانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر عليهما في المصر
وما وقع منهما في قليب فلم يقدر على اخراجه ولا على ذبحه فان
ذكاته ذكاة الصيد وذكر في المنتقى اذا صال البعير على رجل فقتله
وهو يريد به الذكاة حل اذا كان لا يقدر على الاخذ وضمن
قيمته لانه عجز عن الذكاة الاختيارية فشرع في حقه الاضطرار
يه وذكر في الزيادات اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا دليل على ان
الجرح شرط فلا يحل بالكسر لان الكسر مثل التخنيق وروي ابو يوسف
عن ابي حنيفة اذا كسر عضوا فقتله فلا باس باكله لان
الكسر جرح باطن فيعتبر بالجرح الظاهر ولو اصاب السهم
الظلف او القرن فان ادماه حل والا فلا لان النبي عليه السلام
شرط انهار الدم بقوله ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل ولو ذبح
شاة فلم يسل منها دم فقد اختلف المتاخرون فيه قال بعضهم
لا يؤكل لان الشرط انهار الدم ولم يوجد وقال بعضهم يؤكل لان
سببه وجد وهو فري الاوداج وانه قائم مقام انهار الدم ۝

باب

ما يعرض على الارسال فيفسده الاصل فيه ان ابتداء الارسال
اذا وقع صحيحا لا ينقلب فاسدا واذا وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا

مسلم ارسال كلبه وسمى فزجره مجوسي او مرتد او محرم فانزجر
حل بزجره فاخذ الصيد وقتله حل لان ابتدا الارسال وقع
صحيحا فلا ينقلب فاسدا ولو كان المرسل ممن لا تحل ذبيحته
فزجره مسلم فانزجر لم يحل لان ابتداه وقع فاسدا ولو ترك
المرسل التسمية حالة الارسال عمدا فزجره مسلم وسمى لم تحل
لان ابتداه وقع فاسدا ولو سمى المرسل حالة الارسال فزجره
منهم لم يسم حل لان ابتداه وقع صحيحا وكذا لو ذبحه مسلم
فامر المجوسي السكين بعد الذبح لم يحرم لان ذبح المسلم وقع
صحيحا ولو ذبح المجوسي وامر المسلم بعده لا تحل لانه
حرم بذبح المجوسي فلا يحل بعده ولو اتبع الكلب الصيد
بارسال المسلم مع التسمية فتبعه كلب اخر لم يرسله احد ولم
يزجره بعد انبعاثه او سبع او ذو مخلب من الطير مما يجوز
ان يعلم فيصطاد به فرد على الكلب المرسل او هيبه او فعل
فعلا يكون معونة للكلب فاخذه الاول لم يوكل لقوله
عليه السلام وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل لكن المشاركة
انما تتحقق اذا كان من جنسه وهولاء من جنس الجوارح فيكون
معونتهما مشاركة بخلاف الادمي والدابة والطير الذي لا
يصاد به اذا رد على الاول حيث يحل لانه ليس من جنسه فلا يتحقق
المشاركة فلو ان الكلب الثاني لم يرد على الاول ولكن اشد
عليه واخذه الاول وقتله فلا باس باكله لان الاشتداد بدون الرد
[illegible] ليس من جنس الاصطياد فلا يقع به الاشتراك ولو انبعث
الكلب على صيد من غير ارسال احد فزجره مسلم وسمى فان انزجر
بزجره حل والا فلا لان الانزجار اذا لم يتقدمه الارسال كان بمنزلة

الارسال اذا اتصل به الانزجار بخلاف ما اذا تقدمه الارسال
لما مر واذا اخذ الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه ثانيه فقتله اكل
لانه لا يمكنه دفعه وقتله الاخر فانه يوكل لما بينا والصيد للاول
لانه هو اصطاده واخرجه عن حيز الامتناع. فصل وقدر
حد التعليم في الكلب وغيره وكان ابو حنيفة لا يحد فيه شيا
ويقول اذا كان عالما فكل وروي الحسن عنه انه اذا ترك
الاكل ثلثا صار معلما لانه العدد المعتبر لابلا العذر وما فوقه
لا نهاية له وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم عندهما لا تحل الثالثة
وتحل الرابعة لان الثالثة شرط كونه معلما وعلى رواية الحسن
يوكل الثالثة لانه دل على كونه معلما واذا صار معلما في الظاهر
واخذ صيودا ثم اكل بعد ذلك قال ابو حنيفة تحرم الصيود
المتقدمة وقالا لا تحرم لانه يحتمل انه فعله ناسيا ويحتمل انه
لم يكن معلما فلا يبطل كونه معلما ظاهرا بالشك ولنا انه دل
على انه لم يكن معلما لان الحرفة لا تنسى ولا بد من التعليم بعد ذلك
ويعود الى الحالة الاولى ولو اخذ صيدا فاكل منه ثم اخذ اخر
فلم ياكل منه لم يوكل واحد منهما لان ترك الاكل مرة لا يدل
على كونه معلما ولو اخذ صاحب الكلب قطعة والقاها اليه فاكلها
فهو على تعليمه لان الامساك على صاحبه انتهى بالتسليم اليه
وكذا اذا وثب الكلب على صيد وهو في يد صاحبه فاخذ منه
قطعة فاكلها فهو على تعليمه لما بينا وان اكل قبل ان ياخذه صاحبه
لم يوكل لانه لم يمسك عليه ولو اكل ما انتهس بعد ما اخذ الصيد
واخذه منه صاحبه فانه يوكل لان باخذ صاحبه تم الامساك و
انتهى ومن شرطه ان ياخذ الصيد على الفور سوا كان الماخوذ

فهدا او جارحه حتى انه لو ارسله على صيد وسمى فما اخذ في فوره
ذلك يوكل لانه اثر فعله وهو الارسال فيضاف اليه فان جثم
على صيد طويلا ثم مر به اخر فقتله لم يوكل لان ارساله قد انقطع
به فلا يضاف اخذه اليه ولذلك اذا عدل عن جهة الارسال قد
انقطع به فلا يضاف اخذه اليه ولذلك اذا عدل عن جهة الارسال
عن الصيد بغنمة او بشرة وتشاغل في غير طلب الصيد وفتر
عن سننه ثم اتبع صيدا واخذه لم يوكل لما بينا الا اذا زجره
صاحبه فانزجر بزجره لانه لو اتبع الصيد بدون ارساله
فزجره بزجره اكل وكذا بعد انقطاع الارسال لانه
بمنزلة ارسال مبتدا بخلاف الفهد اذا ارسله فكمن كما هو من
عادته ذلك ثم اخذ الصيد حل لان هذا ليس بانقطاع منه لانه
يفعله ليتمكن من اخذه فاخذ حكم اخذه وكذا الكلب والبازي
اذا سقطا على شيء ثم طار واخذ احل وكذا الرامي اذا رمى
صيدا ثم اصاب في سننه ذلك ووجهه لان ذلك اثر فعله حل
فيضاف اليه وان امالت الريح يمينا وشمالا لم يوكل لانه انقطع
حكم الرمي بخلاف ما اذا دفعته الريح الشديدة في سننه فما اصاب
يوكل لانه لم يعدل عن سننه ومعاونة الريح لا يمكن الاحتراز
عنها وعن ابي يوسف انه حكم الارسال لا ينقطع بالتغير عن سننه
يمينا وشمالا الا اذا ارتد من ورائه ولو اصاب السهم حائطا
او حجرا فرجع فاصاب صيدا لم يوكل لانه انقطع رميه ولو رمى
وسمى ثم رمى اخر فاصاب السهم الاول فقتل ان يصيب نرده عن
وجهه فاصاب صيدا فان قصد الثاني الاصطياد حل وهو له
لانه انقطع حكم رمي الاول بفعل الثاني فانضاف الى الثاني

فيضاف اليه كما لو رمى صيدا وان لم يقصد الاصطياد لم يوكل
لان شرط الحل قصد الاصطياد ولم يوجد ولو رمى رجلان
صيدا فاصابا فوقعت الرميتان به معا فهو لهما ويوكل لانهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه وان
اصابه سهم الاول فوقذه ثم اصابه السهم الثاني فقتله
قال ابو يوسف يوكل والصيد للاول وقال زفر لا يوكل
بنا على الخلاف في ان المعتبر في الحل حالة الارسال ام حالة
الاتصال فعند زفر حالة الاتصال وحالة اتصال سهم الثاني
لم يكن صيدا لان الاول اخرجه عن كونه صيدا فلا يحل
لا تعقر كما اذا رمى شاة وعندنا المعتبر حالة الارسال
في الحل لان الاتصال اثر الارسال فيضاف اليه ولهذا اشترطت
التسمية حالة الارسال وحالة الارسال كان صيدا فيحل
وحالة الاتصال لم يكن صيدا فلم يثبت الملك له لانا نعتبر
في الملك حالة الاتصال وثبت الملك للاول لان حال
اتصال سهمه كان صيدا وكذا لو رمى احدهما بعد الاخر قبل
اصابة الاول فهو كرميهما معا فان اصاب السهم الاول ولم يخرجه
عن حيز الامتناع ثم رماه الثاني فهو للثاني كما لو اثار الاول
صيدا وصاده الثاني وان كان الاول اخرجه من حيز الامتناع
ثم اصابه الثاني فان مات من جرح الاول اكل لانه جرحه
وهو صيد وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته لانه ادخل
نقصا في ملك الغير وان مات من جرح الثاني لم يوكل لانه
رمي وهو ليس بصيد ويضمن الثاني ما نقصته جراحته لانه
نقص ملك الغير ويضمن قيمته مجروحا بجراحتين لانه

ابلغه مجروحا بجراحتين لكن عدم نقصان جراحته منه فلا
يغرم ثانيا وان مات من الجراحتين لم يوكل لان فعل الثاني
محرم وفعل الاول مبيح ومتى اجتمع المبيح والمحرم غلب
المحرم وعلى الثاني للاول نصف قيمته مجروحا بجراحتين
ونصف ما نقصته الجراحة الثانية لانه اتلف محلا مشتركا
بينه وبين غيره بالجراحة من الحل الى الحرمة وهو مجروح
بجراحتين ويضمن نصف ما نقصته جراحته لانه ادخل النقص
في محل مشترك وان لم يعلم باي الجراحتين مات فهو كموته
منهما ولو قطع من الية الشاة قطعة او من فخذها لم يحل اكل
المبان لقوله عليه السلم ما ابين من الحي فهو ميت ولو ضرب صيدا
بسيف فقطعه اثنين فانه يؤكل النصفان لانه افرى الاوداج
كلها لان الاوداج متصلة من القلب الى الدماغ وان قطع
من جانب العجز اكل الاكثر ولم يؤكل الاقل وقال الشافعي يؤكل
الكل لان الفعل وقع ذكاة فظهر حكمه في الكل كما لو ذبح ولنا
انه لم يقع ذكاة حال وجوده لانه ما قطع الاوداج كلها فصار
ذكاة اضطرارية فيتوقف كونه ذكاة على خروج الروح وحال
خروج الروح الاقل مبان فلا يثبت الحل فيه لان حكم الذكاة
وهو الحل انما يثبت بطريق التبعية في الاجزا وبعد الانفصال
لم يبق تبعا ولو تعلق العضو بجلده فان كان بمنزلة ما بان لم
يوكل لانه لا عبرة لهذا القدر من التعلق فالحق بالمبان وقال ابو
يوسف اذا ضرب الراس فقطعه طولا او عرضا فان كان الباقي
من الراس اكثر مما قطع اكل الصيد وما بقي عليه من الراس وان كان
سوا اكل الكل لان المبان اذا كان اقل لم يقع الفعل ذكاة

الا عند زهوق الروح وعند زهوقها الاقل مبان بخلاف ما اذا
كانا على السوا وروي عنه اذا قطع نصفين لم يوكل النصف
البائن وعن محمد انه اعتبر المذبح وقال ان كان الذي يلي
الى المذبح اقل اكلا جميعا وان كان اكثر اكل الذي يلي المذبح
وهو قول ابي حنيفة لانه اذا كان الباقي الى المذبح اقل فقد
وقع الفعل ذكاة بخلاف ما اذا كان اكثر وقال محمد اذا كان
سوا اكلا فصل ومن شروطه الارسال على الصيد سوا
كان ماكول اللحم او غير ماكول حتى انه لو ارسل كلبا على
ادمي او شاة فاصاب صيدا لا يوكل وكذا اذا سمع حسا
فظنه صيدا فارسل كلبه او بازيه عليه او رماه بسهم فاصاب
ط صيدا ثم تبين ان الحس كان حس شاة او ادمي لم يوكل الذي
اصاب لان الارسال على الصيد لم يوجد ولو كان ذلك الحس
حس صيد ماكول او غير ماكول حل ما اصابه لان الارسال
على الصيد قد وجد وعن ابي يوسف اذا ظهر انه حس خنزير
لم يوكل لانه حرام العين فلا يتعلق به اباحة وقال زفر اذا كان
حس صيد لا يوكل لم يوكل ما اصابه لانه اذا لم يكن ماكول
اللحم فلا يتعلق بارساله اباحة الاكل فاشبه الارسال على الادمي
ولنا ان الاصطياد مباح وانه لا يختص بماكول اللحم فيكون مباحا
مطلقا واباحة الاكل يتعلق بكونه ماكول اللحم وعدم ماكول اللحم
لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا فبقي مباحا ولو لم يعلم ان الحس
كان حس صيد او غيره لم يوكل ما اصابه لانه استوى جهة
الحظر والاباحة فلا يحل ولو ظنه ادميا فاصاب الحس نفسه
فاذا صيد اكل لان الارسال على الصيد وجد حقيقة …

بتعين بطنه حل أكله ولو رمى طائرا فأصاب صيدا وذهب
المرمي ولم يدر أوحشي أو مستأنس أكل الصيد لأن الأصل
في الطائر الاستيحاش ولو علم أن المرمي أليف داجن يأوي
البيوت لم يحل لأنه ظهر أن الإرسال لم يقع على صيد ولو رمى
بعيرا فأصاب صيدا ولم يعلم أن البعير ناد أو غير ناد لم يؤكل
حتى يعلم أنه ناد لأن الأصل في البعير الاستئناس والاستيحاش
عارض ولو رمى سمكة فأصاب صيدا فعن أبي يوسف روايتان
في حل تناوله في رواية يؤكل لأن الإرسال على الصيد قد وجد
وفي الأخرى لا يؤكل لأن السمكة لا يتعلق بها الذكاة ومن
شروطه أن يقصد الاصطياد حتى أنه لو أرسل بازيه على
ظبي يريد به صيد الظبا فأصاب صيدا لم يؤكل لأنه لم يقصد
به الاصطياد **فصل** ومن شروطه أن يلحقه المرسل
قبل انقطاع الطلب أو التواري عنه حتى أنه لو قعد عن طلبه
ثم وجده ميتا لم يؤكل لما روي أن رجلا أهدى إلى رسول الله
صيدا فقال له من أين لك هذا فقال رميته أمس وكنت في طلبه
حتى هجم الليل فوجدته اليوم وقد مات ومرزا في فيه فقال
عليه السلام لعل بعض الهوام أعانك عليه فلا حاجة لي فيه أشار
إلى المعنى وهو مشاركة ما يتعلق الحظر بفعله وإن لم يقعد
عن طلبه ثم وجده بعد ما توارى عنه أكل استحسانا والقياس
أن لا يؤكل لأنه يحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحل مع الشك
ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بالروحاء على حمار
وحشي مقتول فبادر إليه أصحابه فقال دعوه حتى يأتي صاحبه
فجاء رجل وقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر

أبا بكر فقسمها بين أصحابه ولأن الاحتراز عن مثله غير ممكن
لأنه يتحامل بالسهم فيغيب فلو قلنا إنه لا يحل لما حل صيد في
العالم فقيدنا بعدم تقاعده عن الطلب لأنه يمكن الاحتراز
عنه ولو شارك الرمي معنى آخر يجوز أن يكون التلف به لم يؤكل
لأنه اجتمع المبيح والمحرم فغلب المحرم ولو وقع على الأرض ابتداء
أكل استحسانا والقياس أن لا يؤكل لتوهم موته بوقوعه على
الأرض قلنا هذا أمر لا يمكن الاحتراز عنه فلو اعتبرناه
أدى إلى أن لا يحل صيد ما في عالم الله وذكر في المنتقى إذا
وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه لم يؤكل لأن الظاهر
موته من غير الرمي ولو وقع على حرف آجر أو جبل ثم وقع على الأرض
لم يؤكل وكذا إذا وقع على جبل أو سطح أو على شجر ثم سقط
على الأرض ثم مات لم يؤكل وكذا إذا وقع في ماء فمات لقوله عليه
السلام وإن وقع في ماء فلا تأكل والمعنى في الكل واحد وهو أن
الظاهر موته بأحد هذه العوارض دون الرمي ولو وقع على
جبل فاستقر عليه أكل لأن الظاهر موته من رميه فأشبه سقوطه
على الأرض واستقراره عليها إلى الموت ولو رمى صيدا على
قلة جبل فأثخنه ولم يستطع أخذه فرماه آخر فقتله فوقع لم يؤكل
لأن الأول أخرجه عن كونه صيدا فصارت ذكاته اختيارية
فلا يحل بالاضطرارية **فصل** السمك إذا مات حتف
أنفه قال بعض أصحابنا لا يؤكل طافيا أو لم يطف لما روينا ومنهم من
قال لا يؤكل إلا الطافي لقوله عليه السلام ما اصطدتموه حيا فمات
فكلوه وما أخذتموه ميتا طافيا فلا تأكلوه قيده بالطافي
فيتقيد به ولأن الطافي يتغير عن حاله بخلاف غير الطافي وقد

قال محمد في السمكة توجد في بطن الكلب لا باس بها اذا لم
تتغير وعن ابي يوسف في البسط التي تتخذ من شعر خنزير ا
الماء انه لا يكره لان حيوان البحر طاهر وان لم يوكل وكل
ذي مخلب او ناب اذا لم يكن محرم العين يجوز الاصطياد
به اذا علم فتعلم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح الا ان الخنزير
نجس العين فلا يحل الانتفاع به في الاصطياد به وعن ابي حنيفة
في ابن عرس اذا علم فتعلم جاز واما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به
لما بينا وقالوا في الاسد والذئب لا يجوز الاصطياد بهما لانه لا
يتعلم لان عادة الاسد والذئب الامساك لا للاكل في الحال
فلا يتوقف كونهما معلمين ولو تصور تعليمهما جاز على

كتاب الاضحية

الاضحية واجبة عند اصحابنا الا في احدى الروايتين عن ابي
يوسف فانها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ثلث
كتبت علي وهي لكم سنة الضحى والاضحى والوتر ولنا قوله
عليه السلام كل على اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة اخبر ع
بوجوب الاضحاة والعتيرة على كل اهل بيت لان كلمة على للوجوب
الا ان العتيرة نسخت فبقيت الاضحاة واجبة وشرط وجوبها
اليسار وذلك ان يملك مائتي درهم او ما قيمته مائتا درهم
فاضلا عن مسكنه وخادمه وكسوته وما يتاثث به في منزله
ناميا كان او غير نام حتى لا تجب على الفقير لقوله عليه السلام
من وجد سعة فليضح علق الوجوب بالسعة وهو الغنى والاقامة
حتى لا تجب على المسافرين وتجب على المقيمين في الامصار و
القرى والبوادي قال في الاصل لا تجب الاضحية على الحاج

يريد به المسافر واما اهل مكة فتجب عليهم الاضحية لان
للسفر اثرا في اسقاط الواجب اذا كان في اتيانه حرج وقد وجد
لانه يتعلق بمال خاص في وقت خاص والوقت وهي ايام النحر حتى
لا تجب قبلها وايام النحر ثلثة يوم الاضحى بعد طلوع الفجر وهو العاشر
من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر ويجوز الاضحية في
نهار هذه الايام ولياليها بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى غروب
الشمس من اليوم الثاني عشر هذا في غير المصر فاما في المصر فانه
لا يجوز النحر الا بعد صلوة الامام لقوله عليه السلام من ذبح قبل
الصلوة فليعد لكن هذا يفيد موضع تجب فيه صلوة العيد
وعن ابي يوسف انه قال الايام المعلومات ايام التشريق والمعدودات
ايام النحر ويوم النحر من المعدودات وليس من المعلومات واخر
ايام التشريق من المعلومات وليس من المعدودات واليوم الثاني
والثالث من المعدودات والمعلومات وعند الشافعي اربعة ايام
والصحيح قولنا لما روي عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وانس انهم
قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها ويجوز الذبح في نهر هذه الايام
ولياليها ولكن يكره في الليالي لاحتمال ان يزيد او ينقص فلا
يقع على الوجه المسنون فاذا مضت ايام النحر فاته الذبح لان
كونه قربة لا يعقل وانما عرفناها بالشرع في وقت بعينه فلا
يتدارك اذا فات بالقضا وان كان اوجب شاة بعينها او
اشتراها ليضحي بها فلم يفعل حتى مضت ايام النحر تصدق بها حية
ولم يجز الاكل منها لانه تعذر اقامة القربة من حيث الذبح لفوات
وقته لما بينا ان كونه قربة عرفناه بالشرع في وقت خاص ثم
اقامته قربة من حيث التصدق لان التصدق قربة في كل وقت

والتصدق في باب الاضحية وان لم يكن ركنا لكن له مدخل
فيه فجعلناه اصلا حال تعذر الذبح وانما لم يجز الاكل منها لان
محل الصدقة الفقير دون الغني والعقل والبلوغ ليسا بشرط في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد وزفر شرط حتى ان الاضحية
تجب في مال الصغير اذا كان غنيا ويضحي عنه ابوه او وصيه
من ماله في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك المجنون
وعندهما لا تجب في مالهما ولا يضحي الاب والوصي من مالهما واذا ضحى
من مال الصغير ياكل منه ما امكن ويبتاع بالباقي ما ينتفع
به اي مع بقاء عينه لان الواجب يتادى باراقة الدم فيبقى التصدق
نفلا تطوعا وانه لا يجوز من مال الغني والصبي لا يمكنه ان ياكله
كله ويضحي الغني عن نفسه اما عن ولده الصغير ففيه روايتان
في رواية يجب كصدقة الفطر لانه يلحق به لكونه جزا منه وظهور
ولايته عليه فاشبه صدقة الفطر وفي رواية لا يجب لان التضحية
قربة موقتة والاصل في القرب ان لا يجب على عمرو بسبب زيد لهذا
لا يجب عن عبده بخلاف صدقة الفطر فان سببها راس يمونه ويلي
عليه وقد وجد في حقه واما اولاده الكبار فلا يضحي عنهم لان ولايته
منقطعة عنهم فلا يجب كما في صدقة الفطر واما ابن الابن ففيه
روايتان كما في صدقة الفطر عن ابي حنيفة اذا ولد للغني ولد
في ايام النحر ضحى عنه ما لم تمض ايام النحر لان السبب كونه متمكنا عليه
في الوقت وقد وجد وقال ابو حنيفة ليس على المسافر ان يضحي عن
نفسه ولا عن اولاده المسافرين ويضحي عن اولاده المقيمين لما مر
ان الولاية الاقامة شرط ولو استخلف من يصلي بضعفة الناس
في المصر فصلى في احد المسجدين ايهما كان جازت التضحية بعدها

لانها صلاة معتبرة يجوز الاقتصار عليها فجازت بعدها وذكر في
الاصل اما اهل المصر جاز استحسانا ولو سبق اهل المصلي بالصلاة
فضحى بعد ما فلا رواية في الاصل وقال بعضهم يجوز قياسا
واستحسانا لانها الصلاة المعهودة والصلاة في المسجد للعذر فصارت
هي اصلا وظاهر ما اطلقه ابو الحسن يقتضي التسوية بينهما في
القياس والاستحسان ولو حضر رجل من اهل السواد فامر اهله
ان يضحي عنه جاز ان يضحوا عنه بعد طلوع الفجر لانها قربة فيعتبر
مكان اقامتها ولو كان مسافرا فضحى عنه اهله لم يجز الا بعد
صلاة الامام وينظر الى موضع الذبح دون المذبوح عنه وكذا
اذا كان في مصر واهله في مصر اخر فكتب اليهم ان يضحوا عنه
فانه يعتبر فيه مكان الذبيحة فينبغي ان يذبح بعد صلاة
الامام في المصر الذي يذبح وعن الحسن انه لا يجوز التضحية
حتى يصلي في المصرين ولو صلى الامام ولم يخطب جاز الذبح
لان الخطبة ليست بشرط لصلاة العيد فاذا اخر الامام الصلاة
لم يذبح حتى ينتصف النهار فاذا انتصف ذبح صلى او لم يصل لان
قبل الانتصاف وقت الصلاة قائم ويتوهم صلاة الامام فيه
فيؤخر وبعد الانتصاف لم يبق وقت الصلاة فلا يؤخر التضحية
والصلاة في اليوم الثاني والثالث قضا قال محمد كانت في
الجاهلية ذبائح يذبحونها منها العقيقة ومنها الرجبية وهي شاة كانت
تذبح في رجب فياكلون ويطعمون ومنها العتيرة كان الرجل
اذا ولدت له الناقة او الشاة اول ولد ذبحه فذلك كله منسوخ بما
روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم
قبله والاضحية كل ذبح قبلها وغسل الجنابة كل غسل قبله

قال محمد في العقيقة ان شا فعل وان شا لم يفعل وسئل رسول
الله عن العقيقة فقال ان الله يكره العقوق ومن اراد ان
ينسك فليذبح عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة

باب

ما يجزي في الاضحية ولا يجوز ان يضحي الا بالثني من الابل والبقر
والغنم الا الجذع من الضان اذا كان عظيما لقوله عليه السلام
ضحوا بالثنايا الا ان يعز على احدكم فليذبح الجذع من الضان
والجذع من الغنم هو الذي تمت له ستة اشهر وذكر الزعفراني في
الاماني الذي تمت له سبعة اشهر او ثمانية والذي تمت له
ست اشهر حمل والحمل والجدي والعجل والفصيل لا تجزي في
الاضاحي والثني من الغنم ابن سنة والجذع من البقر ابن
سنة والثني ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين
والثني ابن خمس سنين هذا مذهب الفقها وتجزي الا البعير
عن سبعة وكذلك البقرة عن اقل ولا تجزي عن اكثر
لقوله عليه السلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة فتركنا
القياس لهذا فصل ولا يجوز العورا لان النبي عليه السلم
نهى عن العورا البين عورها ولا مقطوعة الطرف كمقطوعة الالية
والذنب والاذن كلها واما القطع في الاذن او الالية او الذنب
فان كان ثلثا او اقل جاز وان كان اكثر لم يجز في قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا بقي الاكثر او كانا سوا اجزاه
لان في اعتبار القليل من العيب حرج وليس في اعتبار الكثير
حرج فقال ابو حنيفة ومحمد الكثير ما زاد على الثلث والقليل
الثلث وما دونه وابو يوسف قدر الكثير بالاكثر اعتبارا

١٠١ بالحقيقة والعرجا التي تمشي بنفسها الى المنسك جاز وان كانت
لا تمشي لا يجوز لنهي النبي عليه السلم عن العرجا البين عرجها والعجفا
التي لا تنقي ونهى عن الشرقا والخرقا والمقابلة والمدابرة فالشرقا
التي في اذنها خرق طولا والخرقا التي في اذنها خرق عرضا و
المقابلة التي في مقدم اذنها خرق والمدابرة التي في موخر اذنها
خرق وعن ابي يوسف في السكا وهي التي لا اذن لها لا يجوز واما
اذا لم يكن لها اذن لا يجوز لقوله عليه السلام استشرفوا العين و
الاذن ولم يرد مثله في القرن ولانها قد تخلق بلا قرن ولا تخلق بلا
اذن وان كانت صغيرة الاذن جاز ويجوز الجربا والثولا وهي
المجنونة اذا كانتا سمينتين لان المقصود السمن واما الهتما
وهي التي لا سن لها روي عن ابي يوسف انه لا يجوز والسن كالاذن
وروي عنه انه اذا بقي ما تعتلف معه جاز وان كان اقل
من النصف لان المقصود من السن الاعتلاف وقال ابو حنيفة
الخصي احب الي لان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوين
اقرنين يمشيان في سواد وياكلان في سواد وينظران في سواد
احدهما عن نفسه والاخر عن امته لان الخصي اطيب لحما ولا
باس بما فيه سمة في اذنه لانه عيب يسير والانجوز في ذلك شي
من الوحش لان الشرع لم يرد الا بالاهلي وان كان متولدا بين
الوحشي والانسي فالمعتبر الام لانه تتبع الام لان الخلاف
فيها ومن ما ثبت حاملها واذا اشترك سبعة في بدنه او بقرة
يريدون القربة اجزاهم اختلفت جهات القربة او اتفقت وقال
زفر اذا اتفقت جاز وان اختلفت لم يجز لان الوصف لا يتجزى
فاذا اختلفت الجهات لا يمكن جعل الكل لشي واحد ولنا موجبة

ط

ويعلمان
ع

القربة يشتمل الكل بخلاف ما اذا قصد احدهم اللحم او كان ذميا
يريد القربة حيث لا يجوز عن اصلهم لان وصف القربة لم يشملهم
لان الفعل لا يقع قربة من ذمي والمسلم لم يرد القربة ولو ذبح
احدهم عن ميت جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو رواية
عن ابي يوسف لان الفعل لا يقع عن الميت فاشبه ارادة اللحم
من احدهم ولنا ان التصدق والتضحية عن الميت جائز ولهذا
ضحى النبي عليه السلام باحد الشاتين عن امته وشملهم وصف القربة
بخلاف ما اذا قصد احدهم اللحم لانه لم يشملهم وصف القربة
لانه لم يقصدها ويكتفي بالنية بالقلب ولا يعتبر القول
لان النية عمل القلب ولو اشترى اضحية سمينة فعجفت
عنده لم تجز ان كان غنيا لان الواجب عليه ليست هذه الشاة
وانما الواجب في ذمته اضحية بغير عينها وجبت بايجاب
الله تعالى لكن طريق خروجه عن العهدة ذبح مثلها ولهذا اذا
سرقت عنده او ماتت او حدث بها عيب يمنع الاجزاء لا يسقط الواجب
بل يجب عليه ان يضحي بمثل الواجب في الذمة وان كان فقيرا
فان الواجب عليه هذه المشتراة لان الله ما اوجب عليه الاضحية
وانما هو اوجب على نفسه هذه المشتراة فلا يجب عليه غيرها
حتى انها لو ماتت سقط عنه الواجب الا ان يكون الفقير اوجب
على نفسه بان قال لله علي ان اضحي بشاة يلزمه في الذمة
فيكون هو والغني في هذا على السواء ولو قدم الاضحية ليذبحها فاضطربت
فانكسر رجلها او اصاب السكين عينها جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لانه حدث بها ما يمنع الاجزاء قبل اتمام القربة فيمنع
جوازها كما اذا حدث قبل التقديم لنا مثل هذا لا يمكن الاحتراز
بالثلث وم

عنه فيسقط اعتباره ولو ذبح اضحية رجل بغير امره اجزاه
استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه تصرف في ملك الغير
بغير اذنه ولنا ان الاذن وجد منه دلالة بشرائها للتضحية والثابت
دلالة كالثابت صريحا ولو غلط رجلان فذبح كل واحد منهما
اضحية صاحبه اجزا عن كل واحد منهما اضحيته استحسانا
لما بينا انه ماذون فيه دلالة ولا يأخذ شيئا من الذابح لانها ملكه وعن
ابي حنيفة انه يجوز ويحلل كل واحد منهما صاحبه وان تشاحا ضمن
كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته لان كلا منهما ضحى بملك
غيره فتتوقف على اجازة مالكه فان اجاز جاز والا فلا ويتصدق بتلك
القيمة ان كانت مضت ايام النحر لانها قائمة مقامها ولو
كانت حية تصدق بها وكذا بقيمتها وروي عن ابي
يوسف في البقرة يشترك فيها سبعة لانهم يقتسمون اللحم وزنا
فان اقتسموها مجازفة كره لان القسمة معنى التمليك وبيع
اللحم بجنسه متساويا في الوزن يجوز ومتفاضلا لا يجوز لانه
ربوا او في المجازفة احتمال الربوا ولا يجوز التحليل لانه تمليك بغير
عوض وانه هبة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لا يجوز عندنا
ولو امر المسلم الذمي بذبح اضحيته جاز ويكره لانه اذا ذبح
بامره كان الامر ذابحا بنفسه معنى لكن لما وجد الذبح منه صورة
كره لانه ليس من اهل القربة والافضل في ذبح الاضحية ان
يتولى الذبح صاحبها بنفسه ان كان يحسن ذلك وان امر
غيره لم يضره لما روي عن النبي عليه السلام انه ساق مائة بدنة
فتولى بنفسه نحر ستين واعطى الحربة لعلي فنحر البواقي ويستحب
حضور الانسان اضحيته لقوله عليه السلام لعائشة قومي

فاشهدي اضحيتك يغفر لك عند اول قطرة فصلة ويكره
له ان يحلب الاضحية او يجز صوفها او ينتفع به قبل هذا في الشاة
التي اوجبها المعسر لانها تعينت للقربة فيكره صرف شي منها
الى غيرها واما الموسر اذا عين اضحية لم يتعين لان الواجب
في الذمة فلا باس ان يحلب او يجز فان ذبحها في وقتها جاز
ان يحلب لبنها ويجز صوفها وينتفع به لان التوبه اقيمت في وقتها (القربة ظ)
فيطلق به الانتفاع بعدها كالاكل ولو كان في ضرعها لبن وهو
يخاف ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص ولا يبيع جلدها ولا (ط)
يعطي الجازر من جزائها لقوله عليه السلام من باع جلد
اضحيته فلا اضحية له وقال لعلي كرم الله وجهه تصدق
بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجازر منها ولو عمل بالجلد شيئا
ينتفع به في بيته جاز لان الانتفاع بلحمه لما جاز فكذا
بالجلد فان ولدت ولدا ذبح ولدها معها قبل هذا في المعسر لان
الام تعينت للقربة بتعيينه فيسري الوصف الى الولد بخلاف
الموسر لما مر فان باعه او ذبحه تصدق بقيمته او بثمنه لانه (فيبيعها ظ)
تعذر اقامة القربة بذاته فيتصدق بقيمته ولو امسكه ولا ذبحه حتى
مضت ايام النحر تصدق بها كالام اذا مضت ايام النحر عليها قبل
الذبح تصدق بعينها فكذا بولدها وذكر في المنتقى عن محمد
ان الاضحية اذا وضعت فذبح ولدها يوم الاضحى قبل الام جاز
لان من اصل محمد ان الصفقة يجزي في الهدايا فيتعلق القربة
بعينها ولو تصدق به يوم الاضحى فعليه ان يتصدق بقيمته
ولا باس ان يشتري بجلد الاضحية متاعا للبيت لانه يجوز له ان
يتخذ جلدها متاعا فيجوز ان يصرفه الى المتاع وعن ابي حنيفة

انه كان لا يرى باسا بان يطعم الاضحية ولا ياكل منها شيئا
لان جهة التصدق افضل من جهة الاكل ولو اغفل اضحيته حتى
مضت ايام النحر او ضاعت فاصابها بعد ذلك تصدق بها لان
القربة انتقلت من الاراقة الى الصدقة لما ذكرنا ولم ياكل منها
شيئا لان الغني ليس بمحل للصدقة وان ذبحه في ايام النحر
فله ان ياكل ويطعم الغني والفقير ويستحب ان يتصدق بالثلث
لان الادخار مطلق له لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن ادخار
لحوم الاضاحي الا فادخروها كالاكل والاطعام فانقسمت اثلاثا
ولو باع الجلد بورق او ذهب تصدق به لان التمول بشي منها
ساقط فتعينت القربة فيصرف الثمن الى الصدقة ولا باس بان
يشتري ما ينتفع بعينه نحو امتعة البيت والثوب ولا يشتري
خلا ولا ابازيرا لانه لا ينتفع بهما الا بعد استهلاكهما ولو اشترى
بقرة يريد ان يضحي بها ثم اشترك فيها ستة قال ابو حنيفة يجزيه
ونحرهم وقال في الاصل ان فعل قبل ان يشتري كان احسن
لان الشراء للتضحية بمنزلة الوعد فيكره الخلف واما الجواز
فلانه تصرف في ملكه وهذا اذا كان غنيا واما الفقير اذا اوجب
بالشراء فلا يجوز ان يشرك فيها لانه بشراه يتعين الكل للقربة
بخلاف الغني لما مر وقال الفقيه اذا اشرك فيها بعد ما اشتراها
للاضحية انه يتصدق بالثمن لما روي عن النبي عليه السلام
انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري له شاة للاضحية فاشترى
به شاتين وباع احديهما بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى
الله عليه وسلم واخبره بما صنع فقال عليه السلام بارك الله في
صفقة يمينك فذبح الشاة وتصدق بالدينار

كتاب الغصب

الغصب تفويت يد المالك عن ملكه بنقله عندنا وعند الشافعي اثبات
اليد العادية على مال الغير وانه يتنوع الى ما يتعلق به الماثم
وهو الذي يصدر عن علم والى ما لا يتعلق به الماثم وهو الذي
يصدر عنه عن جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن انه له او يشتري
متاعا وهو يظن انه لصاحب اليد فيقبضه ويتصرف فيه او
يملك بوجه آخر ببدل او بغير بدل ثم يظهر له مستحق فالاثم
عنه مرفوع لعدم القصد منه والضمان واجب في الحالين
لوجود سببه وهو الغصب وما باخذه على وجه التغلب فهو اثم
باخذه وامساكه وعليه رد العين ان كان قائما لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد وان كان هالكا فعليه مثله
ان كان مثليا كالمكيل والموزون والعدديات التي لا
يتفاوت لانه مثل صورة ومعنى وعدديات التي لا يتفاوت
آحادها وتتفاوت جملها كالجوز والبيض ففيه المثل عندنا
وعند زفر القيمة والمسئلة مرت في كتاب البيوع والقيمة ان لم
يكن مثليا لان الواجب المثل الممكن لقوله ومن جاء بالسيئة
فلا يجزى الا مثلها الا ان غير الممكن خرج لقوله وما جعل عليكم
في الدين من حرج فبقي المثل الممكن داخلا تحت النص ولهما
حالة القدرة المثل صورة ومعنى وحالة العجز المثل معنى وهو القيمة
وما تختلف آحاده كالبطيخ والسفرجل فعليه قيمته يوم غصبه
لانه ليس بمثلي ولا نظر الى زيادة قيمته ونقصانه في السعر
او في البدن بعد الغصب لان المضمون ذاته وانها حالهم يتغير
بخلاف النقصان في الذات حيث ضمن لان الغائب كان

مضمونا عليه وانما يجب الضمان المثل او القيمة اذا تعذر الرد
بفعله او بفعل غيره او بآفة سماوية لانه عجز عن رد عينه فيجب
عليه رد مثله الممكن وما انتقص من يده فرده ضمن ما نقص
لما بينا ومعرفة النقصان ان تقوم صحيحا وتقوم وبه العيب فيضمن
قدر ذلك وهذا في كل ما يجوز بيعه متفاضلا واما ما لا يجوز
بيعه بجنسه متفاضلا كان غصب حنطة فعفنت عنده
او آنا فضة فتهشم او درهما او دينارا فتكسر فصاحبه بالخيار
ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غير ذلك لانه لو اخذه وقيمة
النقصان كان ذلك ربا وان شاء تركه وضمنه مثله ان كان
مثليا يوم غصبه (بالاجماع) وقال الشافعي له ان يضمنه النقصان وهذا
الخلاف بناء على الخلاف في ان الجودة في الاموال الربوية هل
لها قيمة حالة الانفراد فعندنا لا قيمة لها فلا يضمن بل يتخير
ان شاء اخذ ولا شيء له غيره لما بينا وان شاء اخذ مثله ليصل الى
حقه بكماله وعنده لها قيمة فيضمن وان كان آنا فضة او ذهب
فتهشم فهو بالخيار ان شاء اخذه ولا شيء له غير ذلك لما بينا وان شاء
ضمنه قيمته من خلاف جنسه لان المصوغ لا مثل له وباخذ
قيمته من خلاف جنسه لئلا يؤدي الى الربوا ويصل الى معنى
حقه بكماله وكذلك آنية الصفر والشبه والنحاس والرصاص
اذا كانت تباع وزنا لانها اذا كانت وزنية فهي ربوية
فاشبه اواني الذهب والفضة بخلاف ما اذا كانت تباع عددا
لانها غير ربوية والعقار الذي لا يستطاع نقله والتحويل له
لا يرد عليه الغصب ولا يضمن بالاستحقاق في قول ابي حنيفة
وابي يوسف الاخير وقال محمد والشافعي يضمن بناء على الخلاف

حد الغصب فان عنده عند الشافعي اثبات اليد العادية على مال
الغير وقد تحقق وعند محمد اثبات اليد العادية على وجه
يتضمن تفويت يد المالك وقد تحقق ايضا لان المغصوب اليد المقدرة
على التصرف لا الجارحة الخاصة وانها قد تثبت بجمالها على ما لا ينقل
ومن ضرورة ثبوتها للغاصب زوال يد المالك لانه لا يصير
قادرا على التصرف بجملتها ما لم يكن قادرا على منعه غيره عن التصرف
فيه وحفظ ومتى قدر هذا على التصرف والحفظ عن الغير لا
يبقى غيره قادرا على التصرف فيه وعندنا حده تفويت يد المالك
عن ماله بنقل المحل لان حكمه الاصلي بالنص الرد وانه يقتضي
سابقة نقل والنقل لا يتصور في العقار فلا يترتب عليه حكمه وان
تلف منه شيء بفعل الغاصب نحو ان هدم شيئا او انهدم بسكناه
فعليه الضمان لانه ضمان اتلاف وقد تحقق وقد ذكر محمد في
شاهدين شهدا لرجل بدار فقضى له القاضي بشهادتهما ثم رجعا
ضمنا قيمة الدار قيل هذا قول محمد وحده لان ضمان الرجوع
يجري مجرى ضمان الغصب والغصب يتحقق في الدار عنده
وقيل بل هذا قولهم لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف ولو غصب
مثليا ثم اختصما حال انقطاعه عن ايدي الناس قال الحكم على
الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال ابو يوسف يوم الغصب
لانه موجب الغصب والقيمة وعند الانقطاع [illegible] موجبا له
ايضا فيعتبر يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع فيعتبر
يومئذ لانه عجز عن المثل بالانقطاع فصار كالمستهلك يومئذ
فيعتبر قيمته في ذلك الوقت ولنا ان بالغصب وجب المثل في
الذمة وبالانقطاع لم يسقط بدليل انه لو صبر الى وقت ادراك

المثل يجب المثل فمست الحاجة الى نقل حقه من المثل الى
القيمة يوم الخصومة فيعتبر قيمته يومئذ ولو غصب
حيوانا فازداد في بدنه خيرا عند الغاصب فباعه وسلمه
الى المشتري فان كان قائما اخذه صاحبه لقوله عليه السلام
من وجد عين ماله فهو احق به وان كان هالكا تخير ان شاء
ضمن الغاصب قيمته يوم غصب وان شاء ضمن المشتري
قيمته يوم القبض وليس له ان يضمن البائع قيمته زائدة بالبيع
والتسليم في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد له ان يضمن
البائع قيمته زائدة روى هذا الاختلاف ابن سماعة عن محمد
وذكر في الاصل مثل مذهبهما ولم يذكر خلافا لان الغصب
قد تكرر في حق الاصل لان الغصب تفويت يد المالك حقيقة
او معنى بتفويت امكان الاخذ وبالغصب وجد تفويت اليد
حقيقة وبالبيع والتسليم وجد تفويت اليد معنى لان المالك كان
يتمكن من اخذه من الغاصب والان لا يتمكن منه فيتحقق
في حق الزيادة فيتخير لانه تعدى له سببان فصار كما لو غصب
عبدا فازدادت قيمته عند الغاصب فقتله الغاصب فعليه
قيمته زائدة قلنا البيع والتسليم لم ينعقد سببا في حق الاصل
فلا ينعقد في حق الزيادة آية انه لم ينعقد لان الغصب انعقد
سببا فلم يبق في انعقاد البيع والتسليم فائدة لان الضمان
قدره ووصفه ومثله ومن عليه لا يختلف فلا ينعقد في حق الزيادة
ايضا لان له ان يضمنه بالغصب الف درهم فيظهر ان الزيادة
حدثت على ملكه وان البيع والتسليم صادف ملك نفسه فلا
يضمن لان المؤدى في المضمون عند اداء الضمان يستند الى

يستند الى

الغصب بخلاف القتل لان في انعقاده سببا في حق الاصل
فايدة الا ان الضمان تقدم ووصفه ورد عليه تختلف فينعقد
في حق الاصل فينعقد في حق الزيادة ولو ولد الحيوان في يد
الغاصب ولدا فباعهما او سلمهما فان كانا قائمين كان للمغصوب
منه اخذهما وان كانا هالكين فالكلام في الام على ما بينا اما في
الولد فيضمن القيمة بالبيع والتسليم لان ولد المغصوب غير
مضمون عندنا بالغصب فيضمن بالبيع والتسليم اذا استخدم
عبد رجل بغير امره او بعثه في حاجة ضمن لان الاستخدام
لا ينفك عن النقل فيتحقق الغصب وقد قيل هذا اذا استخدمه
في غير ما جرى العادة باستخدام عبد الغير اما اذا استخدمه فيما
جرت العادة باستخدام عبيد الغير لا يضمن لانه ماذون فيه دلالة
وكذلك لو قاد دابة او ساقها لان كل واحد منهما نقل وكان
غصبا وكذا اذا ركبها او حمل عليها شيئا بغير اذن صاحبها فهو
ضامن وهذا محمول على الحمل والركوب مع السوق والقود
اما بدون احدهما فلا لان النقل ركن في الغصب ولم يوجد
وان جلس على بساط غيره او فراشه بغير اذنه لم يكن غاصبا لان
النقل لم يوجد ولو دخل دار غيره بغير اذنه ولبس بها احد لم يصر
غاصبا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي
يصير غاصبا والمسألة مرت وهي مسألة غصب العقار ه ه ه

باب

ما يلحق العبد الغصب فيجب على الغاصب ضمانه ه اذا غصب
جارية فابقت في يد الغاصب او زنت او سرقت ولم تكن فعلت
ذلك قبل الغصب فعلى الغاصب ما انتقص بسبب السرقة والاباق

وعيب الزنا وكذلك كل ما حدث من النقصان من عور او شلل او
ما اشبه ذلك لانها صارت مضمونة بجميع اجزائها والمنهي لكونها
لم يوجد في حق الاجزا الفائتة وهو الرد وقد تعذر ردها بفواتها
فيجب قيمتها كما اذا عجز عن رد الكل يجب قيمة الكل ولو حبلت
في يد الغاصب من زنا اخذها المالك ونقصان ذلك لما بينا
وان كان العيب بياضا في العين فانجلى بعد ما ردها او حمما فاقلع
رد المولى ما اخذ من النقصان على الغاصب لانه ظهر ان الاخذ
كان بغير حق لالتحاق النقصان بالعدم وقال ابو يوسف
في الحبل من الزنا يضمن الاكثر مما نقصها الحبل ومن ارش عيب
الزنا ويدخل الاقل فيه وهذا استحسان وعن محمد انه ضمن
الامرين لانهما عيبان مختلفان فلا يتداخلان ولنا انهما
لكنهما حصلا بالسبب الواحد وهو الزنا فتعذر الجمع بينهما فيضمن
الاكثر ولو ردها الغاصب حاملا فماتت من الولادة ضمن جميع
قيمتها للمالك عند ابي حنيفة وعند صاحبيه لا يضمن الا نقصان
الحبل وكذا لو ردها بعد ما زنت او سرقت فقطعت عند المالك
او جلدت فضمن في الزنا اكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا
وفي السرقة ضمن نصف قيمتها في قول ابي حنيفة وقالا يضمن نقصان
الردة ونقصان الزنا ولا يضمن ما نقصها الضرب ولا القطع
وهذا بنا على الخلاف في ان النقصان الحاصل بالاستيفا
هل يضاف الى سبب وجوبه السابق فعند ابي حنيفة يضاف
وعندهما لا يضاف ولهذا اذا وجد المشتري العبد المشترا مباح
الدم فقتل في يده يرجع على بايعه بجميع الثمن عنده خلافا لهما ولو
قطعت يده بسرقة وجدت عند البايع رجع بنصف الثمن عنده

خلافا لهما فاذا ماتت في الولادة يضاف الموت الى سببه وهو
الزنا وانه وجد في يد الغاصب فصار كانه هلكت في يده
وكذا الحادث بالحد والقطع يضاف الى سببه عنده فصار كالحاصل
في يد الغاصب الا ان الاقل يدخل في الاكثر لحصولهما بسبب
واحد وهو الزنا بخلاف القطع في السرقة حيث لم يذكر التداخل
فيهما لان الغالب ان ارش اليد يزيد على ضمان نقصان السرقة
فابو حنيفة اعتبر نقصان الضرب هاهنا ولم يعتبره في الرجوع
عن الشهادة قال شهود الزنا بعده اذا رجعوا بعد الحد لا يضمنون
نقصانه لان شهادتهم ما اوجبت ضربا جارحا فلا يضاف الحاصل
بالجرح اليهم بخلاف الغصب فان ضمان النقصان لا يضاف الى
الضرب وانما يضاف الى الغصب لان الغصب صار مضمونا بجميع
اجزائه موقتا الى الرد والرد وجد فيما عدا الجزء الفائت فخرج
عن ضمانه لوجود المنتهى وهو الرد ولم يوجد في حق الجزء الفائت فبقي
في عهدته وعندهما لا يضاف الى السبب السابق فيقتصر فلا يظهر ان
الرد لم يوجد في الناقص بالضرب ولو ماتت الجارية من الولادة
في يد الغاصب ضمن جميع قيمتها يوم الغصب ولم ينجبر بالولد
شيء منها لانه انما ينجبر اذا اتحد سبب الزيادة والنقصان ولم
يوجد الاتحاد هاهنا لان سبب الزيادة الولادة دون الموت لان
الولادة لا تتعين سببا له وكذا الاعلاق على المالك انما في
ضمنه في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت في يده [illegible]
[illegible] لم يضمن الا ما نقصها الحمى في قولهم لان الموت ما حصل بالحمى
حتى انما حصل بزوال القوى وانه موجب ترادف الالام وتتابعها
وانه حصل في يد المالك ولو حبلت في يد الغاصب من زوج كان

كان لهما عند المالك فلا ضمان على الغاصب في ذلك وكذلك
لو احبلها المولى عند الغاصب لان الوطي والاعلاق حصل بتسليط
المالك فيضاف اليه والتلف حصل بالحبل للمالك فاضيف اليه
فاشبه قتله اياها في يد الغاصب ولو غصبها محمومة او حبلى او بها
جراح او مرض فماتت من ذلك في يد الغاصب ضمن قيمتها معيبة
بهذه العيوب لانه غصبها كذلك ولا يضاف الموت الى سببه
هاهنا كما اضيف الى سببه الحادث في يد الغاصب لان السبب
اذا احدث في يد الغاصب كان اذا احدث في يد وهو مضمون عليه
فما تولد في يد المالك منه يكون مضمونا عليه ايضا بخلاف السبب
الحادث في يد المالك فانه غير مضمون فاذا طرى عليه الغصب
دخل في ضمان الغاصب فينقطع الاضافة الى السبب ولو
قتل في يد الغاصب قتيلا او جنى جناية رد الى
مولاه فيقال له ادفعه بالجناية او افده لان علته قائم فيه ويرجع
المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان
هذا القدر تلف يعني في ضمان الغاصب فيرجع عليه به ولو لم يهلك
ما لا حتى طلب المولى بالبيع او بالفداء لانه المالك فيتوجه عليه
الخطاب باحدهما ثم يرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما
ادى عنه من الدين لانه صار يعني في ضمان الغاصب ولو ولدت
الجارية المغصوبة في يد الغاصب وهلك الولد ردها ورد ما نقصها
الولادة ولا ضمان عليه في الولد وقال الشافعي يضمن بناء على
ان ولد المغصوب غير مضمون عندنا خلافا له ولو كان الولد قائما يجب
رد الولد مع الام فان كان في قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة انجبر
به وان لم يكن فيه وفاء انجبر بقدره وضمن الباقي وقال زفر والشافعي

لا يجبر لان المتمسي في الجزء الفائت لم يوجد وهو الرد لا بذاته
ولا بخلفه والولد لا يصلح جابرا لانه ملكه وملكه لا يجبر ملكه
ولنا وجد الرد بخلفه وهو الولد لانه خلف عن الفائت في الرد
لانه امكن جعله خلفا ومست الحاجة اليه فجعل خلفا وقد استقصينا
الكلام فيه في الخلافيات ولو ماتت ومات ولدها في يد الغاصب
ضمن قيمة الام يوم غصب ولم يضمن قيمة الولد لانها مضمونه
عنده دون الولد الا اذا حبسه فالولد كان الغاصب قتل الولد او
باعه ضمن قيمته مع قيمة الام لانه اتلف الامانة فيضمن كالمودع
لان الولد حدث غير مضمون عندنا ويضمن بالاتلاف والبيع
وان نقصها الولادة ماتت وفي قيمة الولد ما ثبات ضمن قيمة الام يوم
الغصب ونصف قيمة الولد لان نقصان الام انجبر بنصف
قيمة الولد فيضمن نصف الباقي ولو غصب جارية شابة فصارت
عجوزا الحق بها ضمان ما انتقص من القيمة وكذا اذا غصب غلاما
ثم هرم عنده ولو غصب عبدا قيمته الف فصارت الفين بزيادة
في بدنه ثم قتله قاتل فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته
الفا وان شاء ضمن القاتل الفين لانه تعدى له سببا الضمان
القتل والغصب فيتخير في التضمين بايهما شاء فان ضمن الغاصب
الفا رجع على القاتل بالفين لانه ملكه عنده اذا الضمان
مستند الى الغصب فظهر انه قتل عبد الغاصب فيضمن له قيمته
يوم قتل ويتصدق بالفضل على الالف لانه حصل بجهة خبيثة
لان المستند ثابت من وجه منتقض من وجه ولو قتل العبد
نفسه في يد الغاصب ضمن قيمته الفا ولم يضمن بقتله نفسه
شيئا لان قتل المرء نفسه لا يتعلق به حكم فاشبه موته حتف

انفه ولو غصب امة فولدت ثم قتلت ولدها او ماتت ضمن قيمة
الام الفا ولم يضمن قيمة الولد لانها كانت مضمونة بالغصب
دون الولد والمتبع للضمان لم يوجد في حقه ولو غصب عبدا صغيرا
او جارية فعلمه عملا كان للمغصوب منه ان ياخذه وكذا
سائر الحيوانات لانه ملكه ولو غصب جارية ناهدا فانكسر ثديها
عنده فهذا عيب ويضمن النقصان ولو كان عبدا امرد فخرج
وجهه فليس بعيب لانه زينة وجمال والشيخوخة عيب لانها
توجب نقصان المالية حتى لو غصب شابا فصار شيخا ضمن
النقصان ولو غصب عبدا قارئا فنسي او عبدا خبازا فنسي
الخبز او كان محترفا فنسي الحرفة ضمن النقصان يقوم عالما
ويقوم وهو لا يحسن فيضمن النقصان ولو ابق العبد في يد الغاصب
فالجعل على المولى ولا يرجع على الغاصب لكن يرجع بنقصان
الاباق في قول ابي يوسف وقال محمد يرجع على الغاصب بالجعل
لان الرد واجب عليه ولا يمكنه الا بالجعل فكان من مؤنات
الرد فيلزمه ولنا ان الجعل وجب احياء للملك فاشبه ثمن
الادوية

باب

الرجل يغصب الشيء فيتغير وصفه لا عينه ه اذا غصب عصيرا
فصار خلا او لبنا حليبا فصار مخيضا او عنبا فصار زبيبا فان
ابا يوسف قال المغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ ذلك
بعينه ولا شيء له غيره لانه لو اخذ عينه وقيمة النقصان ادى
الى الربو الا ان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها بخلاف
ما اذا غصب ثوبا فقطعه قميصا او قباء ولم يخطه فالمالك بالخيار
ان شاء اخذه ناقصا وضمنه ما نقص القطع لانه لا يؤدي الى

الربوا لان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها وان شاء ضمنه قيمته
يوم الغصب لانه فوت عليه غرضا من اغراضه معتبرا وفي الفصل
الاول يضمنه مثله ان شاء يوم غصبه لما بينا ولو غصب شاة
فذبحها لا ياخذها المالك ان شاء ولا شي له غيرها لان المقصود من
الشاة اللحم والذبح تحقيق المقصود فلم يكن نقصانا وان شاء ضمنه
قيمتها يوم غصبها هكذا روى ابو يوسف والحسن عن ابي
حنيفة لانه فوت عليه غرضا من اغراضه وهو اذا استحيها وان يمنعها
ولم يشويها وقال محمد في الاصل ان شاء اخذ الشاة وضمنه النقصان
قال وهذا القول اصح لانه لما فوت عليه غرضا من اغراضه فقد
نقصها فيضمن فاشبه قطع الثوب ولو غصب تبر ذهب او
فضة وصاغه انا او حليا او ضربه دراهم كان للمغصوب
منه ان ياخذه ولا يعطيه شيا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا سبيل له على ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب لانه
احدث صنعة متقومة فلا يجوز ابطالها فاشبه طحن الحنطة
ولنا ان الصنعة لم تبطل معنى الذات لان معناها الثمنية فلا
تبطل بالصياغة بخلاف الحنطة فان معناه قد تغير بالطحن
والصورة لان معناها البذر والقلي والهريسة ولو غصب
حديدا فجعله انا ان كان يباع وزنا فهو كالفضة والخلاف
فيها سواء لانه اذا كان وزنيا فهو مال الربوا كالذهب بخلاف
ما اذا كان عدديا حيث يسقط حق المالك لانه لم يبق ثمنا
خرج من ان يكون مال الربوا لان كونه وزنيا ثبت بالاصطلاح
فيبطل بالاصطلاح بخلاف الذهب والفضة فان كونهما وزنيا
ثبت شرعا فلا يبطل بالاصطلاح ولو غصب حبوبا فكبر فاذا كان

قيمته فالمالك ان ياخذه ولا شي للغاصب وكذلك لو غصب
جرحا او مريضا فداواه حتى برا وكذلك لو غصب ارضا فيها زرع
او نخل او شجر فسقاه وابر النخل ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب
منه لان الزيادة نماء ملكه فيكون له ولا شي للغاصب فيما انفق
لانه متبرع فيه ولو حصد الزرع او جد التمر او جز الصوف او حلب
الشاة واستهلكه كان ضامنا له لانه اتلف مال الغير

باب

الغصب يتغير بفعل الغاصب اذا غصب حنطة فطحنها
كان الدقيق للغاصب ولا سبيل لرب الحنطة عليه ويضمن
مثل حنطته في قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ثلث
روايات احداها مثل قول ابي حنيفة والثانية ان ملكه يزول
ولكن حقه لا يسقط حتى يصل اليه ضمانه فان مات الغاصب
بيع الدقيق له في دينه وهو احق من ساير الغرما وفي رواية
له ان ياخذ الدقيق ويبرا الغاصب من الضمان وقال الشافعي
الدقيق ملك المغصوب منه وعلى هذا اذا غصب دقيقا فخبزه
او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او لحما فشواه او سمسما فعصره
لان الحادث فرع ملكه وهي الحنطة فيكون ملكه لان ملك الاصل
علة ملك الفرع فاشبه حنطة القيها الريح في طاحونة الغير
فصارت دقيقا حيث يكون ملكا لمالكها كذا هذا ولنا انه
احدث صنعة متقومة بدليل زيادة قيمة العين به فيجب
ملكه لانها كسبه والكسب سبب لثبوت الملك في المكسوب
وثبوت ملكه في الصنعة يقتضي ثبوت ملكه في العين وثبوت ملك
المغصوب منه في العين يقتضي ثبوت ملكه في الصنعة فتعارضا

فقطعنا ملك المالك عن الاصل الى خلف لانه اقل ضررا من
ابطال حق الغاصب في الصنعة لا الى خلف لان التفويت
الى خلف كلا تفويت او ادنى ضررا من التفويت لا الى
خلف فصار هذا كما اذا غصب خيطا فخاط به بطن حيوان
حيث ينقطع حق المالك ولو غصب ترابا فلبّنه او جعله
آنية فكان لتقيمه فهو كالحنطة اذا طحنها وان لم يكن له
قيمة فهو له ولا شيء عليه من الضمان لان ما لا قيمة له لا يضمن
بالغصب والاتلاف بخلاف ما له قيمة ولو غصب حنطة
فزرعها فعليه مثلها ويتصدق بالفضل ويكره ان ينتفع بها
حتى يرضي صاحبها وقال ابو يوسف لا يتصدق بالفضل و
لا يكره الانتفاع بها قبل اداء الضمان وعلى هذا الخلاف اذا
غصب نوى فغرسه فصار بخلاف ما اذا غصب وديا فغرسه نخلا صح
فصار نخلا لا يكره الانتفاع به عند ابي حنيفة فهو يفرق
بينهما بان الحنطة المبذورة تهلك في الارض وكذلك النوى
فلا يبقى متعلق حق المالك بخلاف الودي فانه لا يهلك بل
يزداد فيبقى متعلق حق المالك وابو حنيفة يجمع بينهما والاصل
في ذلك ما روى ابو حنيفة عن عاصم بن كليب عن ابي بردة
عن ابي موسى ان قوما من الانصار اضافوا رسول الله فقدموا
اليه شاة مصلية فاخذ قطعة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال
ان هذه لتخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الرجل حق فقال الرجل
كانت لجار لنا اخذناها لنرضيه بثمنها فقال عليه السلام اطعموها
الاسارى فلو لم ينقطع حق المالك بالشيء لما امر باطعامها الاسارى
بل امر بردها الى المالك ولو حل تناولها قبل اداء الضمان لما امر

باطعامها الاسارى بل تناول بنفسه واطلق للذابح في ذلك فدل
هذا الحديث ان حق المالك ينقطع ولا يطيب قبل اداء الضمان
وسبيله التصدق لانا لو اطلقنا له قبل اداء الضمان ادى الى
فتح باب العدوان فاذا عرفنا هذا في الشيء وكذا في الطحن
واذوانه وعن ابي حنيفة في الشاة اذا ذبحها وشواها لم
يسعه ان ياكلها او يطعم احدا حتى يضمن القيمة ان كان صاحبها
غائبا او حاضرا لم يرض بالضمان لم يسعه الاكل لما روينا
وذكرنا واذا ادى قيمتها او ضمنه المالك او الحاكم او ابرأه
منه حل له الاكل لان حقه صار موفا باداء الضمان وبالابراء
يسقط حقه ويضمنه لا يكون الا بعد طلب المالك
فيكون راضيا به ولو اراد المالك اخذ اللحم مشويا
واتى اخذ القيمة لم يكن له ذلك لان حقه انقطع لما ذكرنا
وخرج عن ملكه ولو باع الغاصب اللحم بعد ما طبخه وشواه
او وهبه او تصدق به جاز لان الملك الثابت له وان كان
فاسدا يكفي لجواز تصرفه كالمقبوض بالبيع الفاسد وقال
زفر والحسن اذا طبخه او شواه فقد صار مستهلكا وعليه
قيمته وله ان ياكل ويطعم من شاء من غير رضا صاحبه بالقيمة او لا
لان المطلق قائم وهو الملك وهذا قياس لكنا تركناه بالاثر
الذي رواه ابو حنيفة ولو غصب دقيقا فخبزه فهو نظير الطحن
ولو غصب بيضة فحضنها تحت دجاجة فهو نظير زرع الحنطة
لان البيضة تتلف بخلاف الدقيق لانه لا يتلف بالخبز وكذا
لو غصب رطبا فجعله في بزر كثير حتى غلب عليه البزر او غصب
آجرا او لبنا فبنى به اثر حائطه لم يكن لصاحبه على الحائط

سبيل ويضمن الغاصب قيمة آجره ولبنه وكذا لو غصب ساحة
فأدخلها في بنائه سقط حق المالك في الساحة وعليه قيمتها
وقال زفر والشافعي ينقض البناء ويردها على المالك لأن فعله
وقع عدوانا فيجب رفعه برفع أثره ولنا أن محل حقه قد تلف
فلا يبقى لأنه كان أصلا فصار تبعا للبناء فصار متلفا
بالإيصال وكان أبو الحسن يقول المسألة موضوعة على ما إذا
بنى حوالي الساحة أما إذا بنى على نفس الساحة ينقض وهو
اختيار الفقيه أبي جعفر لأن البناء على الساحة عدوان
بخلاف البناء حواليها لأنه تصرف في ملكه وخالص حقه ولو
بيعت الدار في حياته أو بعد وفاته كان المغصوب منه أسوة
الغرماء في الثمن لأن حقه انقطع عنها ولو غصب أدما
فجعله عروة مزادة سقط حق المالك لأنه صيره تبعا للمزادة
فأشبه الآجر المرصف في البناء ⁂ باب
الثوب يصبغه الغاصب ⁂ الغاصب إذا صبغ الثوب بعصفر
إن شاء صاحب الثوب ضمنه قيمة ثوبه أبيض وسلم الثوب
للغاصب وإن شاء أخذ الثوب وضمن له ما زاد العصفر فيه
وإن شاء ترك الثوب على حاله والصبغ فيه للغاصب ويباع
الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما لأن حق المالك قائم
في ثوبه لأن ثوبه لم يتبدل صورة ومعنى لكن اتصل به ملك
الغاصب اتصالا لا يقبل الفصل فيخير صاحب الثوب
دون الغاصب لأنه صاحب أصل إلا أن فيه نظرا في الجانبين
ولو صبغه أسود فعلى قول أبي حنيفة له أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض
وإن شاء أخذ الثوب ولا شيء للغاصب قال أبو يوسف

الثاني عشر

ومحمد السواد بمنزلة العصفر وهذا اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف حجة وبرهان فإن في زمن أبي حنيفة لم يكن
السواد زيادة في الثوب وفي زمنهما كان زيادة ولو صبغه
بعصفر فانتقصت قيمته بأن كانت قيمته ثلاثين فعادت
بالصبغ إلى عشرين قال محمد انظر إلى ما يزيد هذا الصبغ في
ثوب لا ينقصه قيمته له فإن كان يزيد خمسة غرم الغاصب
خمسة لأنه انتقص بفعله عشرة والخبر نقصان خمسة بقيمة
الصبغ فبقيت خمسة غير مجبورة فيغرمها وكذلك السواد
على هذا ولو كان صاحب الثوب غصب العصفر وصبغ
به فهو ضامن لمثله لأنه استهلك الصبغ وإن لم يقدر على
مثله فهو على الاختلاف الذي ذكرنا فيما ينقطع من أيدي
الناس وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب في شيء من ذلك
لأن صبغه صار مستهلكا فيه فوجب ضمانه في ذمة الصابغ
والسواد في هذا الوجه بمنزلة العصفر على قول أبي حنيفة لأن
صاحب الثوب استهلك السواد بالصبغ فيضمن قيمته سواء زاد في
الثوب أو نقص بخلاف الفصل الأول فإن ثم صاحب الثوب
ما استهلك الصبغ بل الغاصب هو الذي صبغه ولو وقع ثوب
رجل في صبغ آخر وانصبغ بغير فعل أحد فإن كان سوادا
فهو لرب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ في قول أبي حنيفة
لأن السواد ليس بزيادة عنده بخلاف العصفر والزعفران
فإنه زيادة وإن كان عصفرا أو زعفرانا فرب الثوب بالخيار
إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ فيه وإن شاء امتنع فيباع
الثوب ويضرب فيه صاحب الثوب بقيمته أبيض وصاحب

الصبغ بقيمة صبغه في الثوب لما بينا ان صاحب الثوب
صاحب اصل وصاحب الصبغ صاحب تبع فيتخير هو دونه
وليس لرب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه ابيض بخلاف الفصل
الاول لانه لم يوجد من صاحب الصبغ ما يوجب الضمان
وفي الفصل الاول وجد منه وهو الصبغ وعندهما السواد
والعصفر سوا لما مر وكذلك السمن يخلط بالسويق والسويق
بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ واما العسل والسمن
اذا اختلطا فكلاهما اصل واذا اختلط الدهن بالمسك فان
كان يزيد الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان
كان لا يصلحه ولا يزيد في قيمته كالادهان المنتنة فهو هلاك
لا يعتد به ولو غصب ثوبا من رجل وصبغه بعصفر لآخر ثم
ذهب الفاعل ولم يعرف فالحكم فيه كما لو اختلطا بغير فعل
احد استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على ما
في الثوب سبيل لانه لما صبغ استهلك صبغه بالصبغ فضمن
فوجب ضمانه في ذمته فانقطع حق صاحبه عن الصبغ ولنا
انه اذا صار بحال لا يقدر عليه يتعذر الزام الحكم اياه وصار
كما لو انصبغ بغير فعل احد ولو ان صاحب الثوب غصب العصفر
وصبغ به وباعه فلا حق لصاحب العصفر على المشتري لان
الغاصب اذا كان معروفا امكن تضمينه قيمة العصفر
فيملكه مستندا الى الغصب عند اداء الضمان ولا يبقى لصاحب
الصبغ حق في الصبغ ولو ان صاحب العصفر غصب الثوب
ثم باعه ومات وحضر صاحب الثوب فقضي له بثوبه ويستوثق
منه بكفيل لانه صاحب اصل فكان اولى به لكن يستوثق

فانقطع ظ

وصبغه بالعصفر ظ

منه بكفيل لاتصال حق الغير به ولو غصب ثوبا وعصفرا
من رجل واحد وصبغه كان للمالك ان ياخذه مصبوغا ويبرا
الغاصب من الثوب والعصفر استحسانا والقياس ان
يضمن الغاصب عصفرا مثله ثم يصير كانه صبغ ثوبه
بعصفر نفسه لانه استهلك الصبغ بصبغه ولنا ان الصبغ
خلط ماله بماله فلا يصير مستهلكا لكن ينقصه فاذا اخذه
مصبوغا فقد ابراه عن ضمان النقصان ولو كان العصفر
لرجل والثوب لآخر فرضيا ان ياخذاه كما ياخذه الواحد ان
لو كان له ليس لهما ذلك لان هذا الصبغ خلط مال الغير
بمال الغير وانه استهلاك وقال ابو حنيفة اذا غصب ثوبا
ففتله او غسله فلصاحب الثوب ان ياخذه ولا شي للغاصب
لانه لم يتصل للغاصب مال متقوم بالثوب لان الفتل صير
وصفا والغسل ازال الدرن والصابون والاشنان لا يبقيان
في الثوب ومنفعته لا تتقوم بدون العقد وعن محمد فيمن
غصب خوصا فسفه زنبيلا قال لا سبيل للمغصوب منه
عليه لانه احدث صنعة متقومة فاشبه طحن الحنطة بخلاف
ما اذا غصب نخلا فسقفها جذوعا حيث له ان ياخذ الجذوع
لان التسقيف بمنزلة قطع الثوب ولو غصب مصحفا فنقطه
ان شا صاحبه اخذه واعطاه ما زاد النقط فيه وان شا
ضمنه قيمته غير منقوط في قول محمد لان النقط زيادة فيه
فاشبه الصبغ وعن ابي يوسف ياخذه صاحبه ولا شي عليه
لانه لا قيمة لعينه وانما القيمة لفعله وانه منفعة والمنافع
لا تتقوم بدون العقد ولو قصر الغاصب الثوب فللغاصب

والمنافع ظ

فللغاصب

ان ياخذه ولا يعطيه شيئا لانه ليس له فيه عين مال متقوم
بخلاف القصار حيث يثبت له حق حبس الثوب بالاجرة
لان الحبس بنا على فعله الاثر في المحل واما التضمين فبنا على
اتصال مال متقوم به ولم يوجد ولو غصب الرجل دارا وجصصها
ثم ردها فليس لصاحبها ان يعطي ما زاد التجصيص فيها لان
الجص عين مال متقوم وانه قايم بها الا ان يرضى صاحبها
ان ياخذ الغاصب جصه لانه يقبل الفصل بخلاف الصبغ
لانه لا يقبل ولو غصب من مسلم خمرا فخللها فلصاحبها ان ياخذها الفصل صح
ولا شي عليه لان ملكه كان في الخمر وقد استحال فصار مالا
متقوما على ملكه ولا شي عليه لانه ليس له فيه عين مال متقوم
فان الملح الملقا قد هلك ومنفعته في التخليل لا يتقوم بدون
العقد قال ابو حنيفة اذا غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة
له اخذه صاحبه لان الملك كان في الجلد وقد صار مالا
متقوما بدبغه وليس للدابغ عين مال قايم فيه حتى يعطيه
قيمته ومنفعته لا يتقوم بدون العقد وان كان الجلد ملقى
في الطريق فاخذه ودبغه فليس لصاحب الجلد ان ياخذه
لان القاه دليل الاباحة فاشبه النواة الملقاة في الطريق
يختص بها الملتقط كذا هنا ولو غصب جلد ميتة فدبغه
بشي متقوم كالقرظ والعفص فلصاحبه ان ياخذه ويغرم
ما زاد الدباغ فيه لانه عين مال قايم فيه فاشبه الصبغ و
ليس له ان يضمنه يوم غصب لانه لم يكن له قيمة يومئذ بخلاف
ما اذا كان الجلد ذكيا فدبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان ياخذه
ولا شي عليه لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم وانما القيمة

لفعله وانه لا يتقوم بدون عقد ولو دبغه بما له قيمة ان شا صاحبه
اخذه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لان له فيه عين مال قايم فاشبه
الصبغ وان شا ضمنه قيمته غير مدبوغ لانه حين غصبه كان
له قيمة ولو جعل الغاصب هذا الجلد اديما او فروا او زقا او جرابا
او دفترا فلا شي عليه للمالك لانه احدث فيه صنعة متقومة
فانقطع حق المالك عنه ولا شي عليه لانه لم يكن متقوما حين
غصب فان كان الجلد ذكيا ضمن قيمته يوم غصب لانه
حين غصب كان متقوما ولو غصب خمر مسلم فاستهلكها فلا
ضمان عليه لانها ليس بمال متقوم في حق المسلم ولو غصب عصيرا
فصار خمرا ضمن قيمته العصير ان لم يقدر على مثله وان قدر على
مثله ضمن مثله لان العصير هلك بالتخمر في يد الغاصب ولو غصب
خمرا فخللها ثم استهلكها فعليه خل مثله لانها صارت خلا على ملكه
فصار متلفا مالا مملوكا متقوما للغير ولو غصبه جلد ميتة
فدبغه بما لا قيمة له فهلك عنده فلا ضمان عليه لان الغصب
ورد على مال غير متقوم فلا يضمن به ولهذا بالهلاك لانه ليس
من فعله ولو استهلكه ضمن في قولهم لانه صار مالا متقوما على
ملك مالك الجلد فيضمن باتلافه ولو دبغه بشي متقوم فهلك في
يده فلا ضمان عليه وكذا اذا استهلكه في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطى المالك ما زاد
الدباغ فيه لانه استهلكه بعدما صار مالا متقوما على ملك صاحب
الجلد فيضمن كما اذا اتلف ما يراموا اليه لنا ان الضمان يعتمد التقوم
وتقوم الجلد حدث بصنعه والجلد تابع له في حق التقوم وانه
لا يضمن وصف التقوم لانه تبعه فلا يضمن الجلد لانه تبعه

بخلاف ما اذا كان قايما حيث يومر بالرد لان الرد بيننا ولا
الصوف اصلا والوصف تابع له وجودا فكان اولى به او
يقول ما ليه الجلد تبع لما ليه الدباغ ولانها حصلت به لان
لم يمكن قبله اخذ تنت باتصال المال المتقوم به وانه تفسير
الدباغ وما كيه الدباغ غير مضمونه عليه لانها حصلت بفعله
وكذا ما ليه الجلد لانها تابعة لها والله اعلم واحكم بالصواب

باب الضمان بالخلط

الخلط يتنوع الى اربعة خلط مجاورة على وجه يتمكن من المميز
كخلط البيض بالسود والجوز باللوز وانه لا يقطع حق المالك
لانه ليس باستهلاك وخلط مجاورة على وجه لا يتمكن من المميز
كخلط الحنطة بالشعير لان الحنطة لا تخلو عن حبات شعير
والشعير عن حبات حنطة وانه يقطع حق المالك في بعض الروايات
لانه اتلاف وخلط جنس خلافه بطريق الممازجة كالدهن
بالخل فانه يقطع حق المالك بالاجماع وخلط جنس بجنسه كخلط
دهن الجوز بدهن الجوز وكذا بطريق المجاورة كخلط الحنطة بالحنطة
والشعير بالشعير فانه يقطع حق المالك عند ابي حنيفة خلافا
لصاحبيه لان حق كل واحد منهما قايم وامكن الوصول اليه حكما
بالقسمة فانها افراز في المكيل والموزون ولهذا لكل واحد منهما
ان ياخذ نصيبه عينا بلا قضا ولا رضا وبيعه مرابحة لكنها
تعذر الوصول الى عين حقه حقيقة اعتبر ذلك في التخيير
بين التضمين وبين الاخذ والقسمة سدا لباب التعدي ولابي
حنيفة صيرورته بالخلط حالا لا يمكنه الانتفاع بعين حقه وانه
اتلاف ويتضمن بالقسمة لا يصل الى عينه وانما يصل الى مثله

على ان القسمة

على ان القسمة حكم الشركة فلا تصلح علة لها ولو اودع رجلان
كل واحد منهما الف درهم رجلا فخلط المودع المالين فلا سبيل لهما
على اخذ الدراهم فلكل واحد منهما على المودع مثل ما دفع اليه في
قول ابي حنيفة لان الخلط عنده استهلاك لما مر وقال صاحباه
هما بالخيار ان شا اخذ المال واقتسماه وان شا ضمناه لما بينا
ولا ينبغي للمودع اكل هذه الدراهم حتى يودي مثلها الى صاحبها اما
عندهما فظاهر لان حقهما قايم لم ينقطع وكذا عند ابي حنيفة
استحسانا سدا لباب العدوان ولو اشترى بهذه الدراهم طعاما
له التناول لان الشرا وقع بمثلها في الذمة لا بعينها لانها لا
تتعين بالتعيين بخلاف ما اذا اشترى بها دنانير حيث لا يجوز
له التصرف فيها لانها اذا استحقت يجب رد عين الدنانير فظهر
انها افترقا من غير قبض فيكون الدنانير مقبوضة بحكم عقد فاسد
فيجب رد عينها فينفسخ العقد بالرد وذكر الكرخي ان شرى
عينا بدراهم مضمونة على اربعة اوجه احدها ان يشير اليها
وينقدها والثاني ان يشير اليها وينقد غيرها والثالث ان يشير
الى غيرها وينقدها والرابع ان يطلق الشرى وينقدها ففي
الوجه الاول يكره له التناول ولا يطيب له الربح وفي الثلثة الباقية
يطيب لما بينا ان الدراهم لا تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض
فيقع الشرا بمثلها في الذمة لا بعينها ولو تزوج بالدنانير
المصروفة بالدراهم امراة وسعه ان يطاها لانها وان تعينت لكن
النكاح لا ينفسخ بالاستحقاق والرد ولو اشترى بالثوب
المغصوب جارية لم يسع ان يطاها حتى يدفع قيمته الى صاحبه لان
الشرى وقع بعينه لانه يتعلق بالاشارة فينفسخ العقد بالرد

بالاستحقاق بخلاف ما إذا تزوج به امرأة حيث له وطؤها لأنه
وإن تعيب الثوب لكن العقد لم ينفسخ بالاستحقاق ولو
أودع أحد شعيرا وأودعه آخر حنطة فخلطها المودع ضمن
لكل واحد منهما مثل حقه في قول أبي حنيفة خلافا لصاحبيه
لأن الخلط عنده استهلاك خلافا لهما ولهما أن يأخذاه عندهما
ويبيعاه ويقتسمان الثمن على قيمة الحنطة مخلوطة بالشعير وعلى
قيمة الشعير غير مخلوط لأن الحنطة ينقص بالخلط وحقه قائم في
المخلوط ناقصا فيستحق من الثمن بقدره بخلاف الشعير فإنه
يزداد بالخلط بالحنطة لكن الزيادة من ملك الغير فلا يستحقها
فيكون له قيمة شعيره دون هذه الزيادة وعن أبي حنيفة فيمن
خلط دراهم غيره بدراهم نفسه ثم مات كان المغصوب منه
أسوة الغرماء فيه لأن حقه انقطع بالخلط لأن الخلط عنده
إتلاف فضمن مثلها فصار ذلك القدر دينا في تركته كسائر
الديون فساوى سائر الغرماء فيه ولو صب ماء في طعام فأفسده
وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب
فيه وليس له أن يضمنه مثله لأن المصبوب لا مثل له ولا يقال
يضمن مثله قبل الصب لأنه لم يتقدمه سبب ضمان حتى لو غصبه
ثم صب الماء فيه ضمنه حين غصب وكذا إذا صب الماء في دهن (ثم غصب صح)
أو زيت لأن المصبوب فيه لا مثل له وعن أبي يوسف فيمن صب
طعاما لغيره على طعام نفسه فإن كان طعامه أكثر ضمن لأنه
صيره تبعا بالخلط على وجه لا يتميز لأن القليل تبع للكثير
فصار مستهلكا فأشبه آجرا غصبها وأدخلها في بنائه وإن كان
لم يضمن لأنه لم يصيره تبعا فلم يصر مستهلكا هذا قول أبي

يوسف وأما عند محمد

أقل لم يضمن

يوسف وأما عند محمد له أن يشركه لأن الجنس عنده لا يغلب
جنسه خلافا لأبي يوسف حتى أنه لو خلط لبن امرأة بلبن امرأة
وصبه في حلق صبي تثبت الحرمة منهما عند محمد سواء كان أحدهما
غالبا أو مغلوبا أو سواء

باب

اختلاف الغاصب والمغصوب منه إذا اختلفا في عين
المغصوب أو في صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول قول الغاصب
لأنه ينكر زيادة ضمان يدعيها الآخر ولو أقر الغاصب بما ادعى
المغصوب منه ثم قال رددت عليه أو قال هو الذي أحدث العيب
به لم يصدق إلا ببينة لأنه أقر بالضمان ثم يدعي سقوطه والمغصوب
منه ينكر فكان القول قوله ولو أقام المغصوب منه البينة
أن الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة
أنه ردها إليه فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة
لأنه لا تنافي بين البينتين إذ من الجائز أنه ردها ثم ركبها بغير
إذن صاحبها فنفقت وذكر في الأصل إذا أقام المالك البينة
أنه غصب الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة أنه ردها
إليه وأنها نفقت عنده فلا ضمان عليه لأنه لا يمكن الجمع بينهما
لاستحالة موتها في موضعين في حالة واحدة فترجحنا بينة الغاصب
لأنها تثبت البراءة من الضمان وبينة الآخر تنفي فكانت المثبتة
أولى وعن أبي يوسف أن الغاصب ضامن لأن موت الدابة عند
الغاصب يقتضي ثبوت يده عليها حالة الموت فقد شهدت شهود
المالك بغصب مبتدأ قلنا هذا ممنوع لجواز أنهم عرفوا الغصب
ولم يعرفوا الرد فكانت الشهادة المثبتة للرد أولى ولو شهدوا
أن الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب

انه مات في يد المالك لم ينفع ببينة الغاصب لان موته في
يد مولاه لا يتعلق به حكم ونحوزاتهم عرفوا كونه في يد المولى
وما عرفوا الغصب وعن محمد في الاملاء ان البينة بينة الغاصب
لان المقصود من بينة المالك اثبات الضمان والضمان ثبت
بالغصب لا بالموت عنده والغصب ثبت باقرار الغاصب
فلا يكون لشهادة شهود المالك معتبرة واما بينة الغاصب
فتثبت البراءة عن الضمان فكانت اولى ولو اقام المالك البينة
انه غصبه يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان
يوم النحر بمكة مولاه العبد فالضمان واجب على الغاصب لان
كونه بمكة سواء او مولاه لا يتعلق به حكم فسقط اعتبار
الشهادة عليه فبقيت العبرة لبينة المالك لتعلق الحكم بها

باب

الرجل يغصب الشيء في بلد فيطالبه في غيره اذا غصب دراهم او دنانير
في بلد فطالبه بها في بلد اخرى فعليه تسليمها وليس له ان يطالبه
بالقيمة وان اختلف السعر لان معنى الدراهم وهي الثمنية لا
تختلف باختلاف الامكنة فيصل اليه حقه بلا ضرر ولو غصب
عينا ثم لقيه في بلد اخر والعين في يده وقيمة العين في هذا المكان
مثل قيمتها في مكان الغصب او اكثر فللمغصوب منه ان ياخذها
وليس له ان يطالب بالقيمة لانه يصل اليه عين حقه بلا ضرر
يلحقه وان كانت قيمته في هذا المكان اقل ان شاء المغصوب
منه اخذ قيمة العين حيث غصب وقت الغصب وان شاء انتظر
لان قيمة الاعيان تختلف باختلاف الامكنة فلو اخذ عينه فقد
وصل اليه عين حقه مع ضرر يلحقه من جهة الغاصب وهو نقله
الى هذا المكان

الى هذا المكان لان قيمة العين ينتقص بالنقل فله ان
لا يلتزم هذا الضرر وله ان يلتزم بخلاف ما اذا وجده في
الموضع الذي غصب وقد تغيرت قيمته بالسعر حيث ليس
له ان ياخذ عينه لان الضرر لا يلحقه بفعل الغاصب وانما
يلحقه بقلة رغبات الناس فيه وان كانت العين المغصوبة
هالكة وهي مثلية فان كان السعر في هذا المكان مثل
السعر في مكان الغصب او اكثر يرد المثل لانه
يصل اليه حقه من غير ضرر وان كان السعر في هذا
المكان اقل تخير بين اخذ قيمة العين حيث غصب يوم
غصب وبين ان ينتظر لانه يتضرر والواجب على الغاصب
رد المثل في مكان الغصب فصار كان العين قائمة وقد
انتقص قيمتها بالنقل الى مكان ولو كان القيم في مكان
الخصومة اكثر فالغاصب بالخيار ان شاء اعطى مثله حيث
خاصم وان شاء اعطى قيمته حيث غصب الا ان المغصوب
منه بالخيار لان التخيير لحقه فاذا رضي به فقد اسقط
حقه وان كانت القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب
منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه والله اعلم بالصواب

باب

ما يكون قبضا للمغصوب اذا احدث المغصوب منه في
المغصوب حدثا او احدثه في ملك الغير يصير به غاصبا يصير
به قابضا ويبرأ الغاصب من الضمان نحو ان يستخدم العبد
او يلبس الثوب لانه اذا كان كذلك فقد ثبت يد المالك
عليه وزال يد الغاصب فانتقض الغصب فيبرأ عن الضمان

كما اذا انتقض بالرد سوا عرف ذلك او لم يعرف لان الحكم
يترتب على السبب لا على العلم ولا يكون الغاصب غاصبا
بالغصب الاول ابدا الا ان يحدث غصبا مستقبلا لان الاول
انتقض وكذلك لو كان المغصوب طعاما فاكله المالك
وهو يعرفه او لا يعرفه او اطعمه الغاصب سقط ضمانه
وقال الشافعي لا يسقط لانه غره قلنا بل اغتر هو بنفسه
حيث بنا على امر متردد محتمل ولان يد المالك لا يثبت
على ملكه الا بجهة الملك لانها هي المستحق فعلى اي وجه
اثبتها يقع عن الجهة المستحقة كمن صام رمضان بنية النفل
او بنية واجب اخر ولو ان المالك اجر العبد من الغاصب للخدمة
او الثوب للبس فقبل برئ من ضمانه حتى وجب عليه
الاجرة بالاجارة ولو استاجر العبد ليبني حايطا سقط
ضمان الغصب حين يبتدي بالبنا لان يد الاجارة ثبتت
عليه فانتفت يد الغصب ضرورة انهما لا يجتمعان ويد الاجارة
لا يثبت الا بالاستعمال لخروجه عن الاستعمال بوجوب الاجرة
لان الاجر لا يجب الا به ولو زوج الجارية المغصوبة من الغاصب
لم يبرا عن ضمانها في قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يبرا لان عنده بالتزويج لا يصير قابضا خلافا لابي يوسف
وبهذا لا يصير المشتري قابضا للمبيع بالتزويج عنده خلافا
له ولو استاجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب لعمل من
الاعمال فذلك جايز وهو في يد الغاصب ان هلك فثمن
وكذلك اذا استاجره لغسل الثوب المغصوب لان التعليم
ليس باثبات يد عليه لانه يتقرر مع كونه في يد المالك وهو

وقد بقاني كتاب البيوع خط

بتصور

ان يعلمه في داره

ان يعلمه في داره فبهذا لا يصير الاجنبي به غاصبا وكذلك
الغسل بخلاف الاستخدام للركوب واللبس فانه لا يتصور
بدون ثبوت يده عليه وبهذا يصير الاجنبي به غاصبا ولو
ان رجلا له كران اغتصب رجل احدهما او سرق ثم ان
المالك اودع الغاصب او السارق الكر الاخر فخلطه بالكر
المغصوب ثم ضاع ذلك كله ضمن الكر المغصوب دون الكر
المودع لانه خلط ملكه بملكه فلا يكون اتلافا فلا يضمن
ولو دفع الى انسان الفا وديعة فاخذ منها شيا لينفقه ثم رد
بعد ايام الى موضعه فضاع فعليه ضمان ما اخذ وذكر
في الاصل بخلاف هذا لان اخذ المودع ليس بغصب وقصد
الانفاق لا يعتبر ما لم يتصل به الفعل وان كان بخلافه
لكن بالرد الى الوديعة صار امينا فلا بد له من تاويل
وتاويله انه اخذ فطولب به فجحد فصار ضامنا فلا يبرا
الا بالرد الى المالك او نايبه ولم يوجد ولو اخذ خمس ماية
درهم من الف درهم في كيس لرجل او شيا من داره بغير علمه
ثم رد ذلك بعد ايام الى موضعه الذي اخذ منه لا يبرا من
الضمان لانه غاصب فلا يبرا حتى يرد الى المالك
ولم يوجد وعن ابي يوسف اذا اخذ خاتما من اصبع نايم او
نعلا من رجله ثم رده الى تلك الاصبع او اصبع اخرى قبل
ان ينتبه برئ من الضمان وان اعاده بعد الانتباه لم يبرا وهذا
استحسان وقال زفر يبرا في الاحوال كلها لانه وجد الرد الى
يد المالك فيبرا لكن ابا يوسف استحسن الضمان اذا اعاده
في النوبة الثانية لانه اذا انتبه ولم يره ثم اعاده وهو لا يعلم

عاد صح

به فلم تثبت يده عليه وهي الفعل على الحفظ لان شرطها العلم

باب

غصب الصبي والمدبر والمكاتب وام الولد ه اذا غصب
صبيا حرا من اهله فمرض فمات في يده فلا ضمان عليه لان
الحر ليس بمال متقوم فلا يكون محلا للغصب فلا يتحقق
غصبه فلا يضمن به والموت ليس من صنعه فلا يضمن به بخلاف
ما اذا عقره سبع او نهشته حية فان فعلى عاقلة الغاصب ديته
لانه تسبب الى اتلافه وقتله بازالة يد الحفظ عنه لانه كان
محفوظا بيد وليه فصار قاتلا تسبيبا فتجب الدية على عاقلته
ولو قتله انسان خطأ في يد الغاصب قتلا فلاولياؤه ان يتبعوا ايهما شاؤوا
الغاصب او القاتل لان الغاصب قاتل تسبيبا والقاتل
مباشر للقتل والتسبيب تجري مجرى المباشرة في ايجاب الضمان
وقد تصدى لهم سببا الضمان فيتخيرون فان اتبعوا الغاصب
رجع على القاتل لان باداء الضمان قام مقام المستحق وللمستحق
تضمين عاقلة القاتل مباشرة فكذا من قام مقامه فصار هذا
كشهود القصاص مع ولي القاتل ولم يذكر في هذا خلافا فا
فانكانت على الوفاق فابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين
شهود القصاص فانهم اذا ضمنوا لا يرجعون على القاتل عند
ابي حنيفة وها هنا يرجعون ولو وقع عليه حائط او وقع في بير
فالغاصب ضامن لما مر ويرجع الغاصب على صاحب الحائط
ان كان اشهد عليه والمراد من هذا رجوع عاقلته على عاقلته
لان هذا ضمان دم فيجب على العاقلة ولو قتله انسان عمدا ان شاء اولياؤه
قتلوا القاتل وان شاؤوا اتبعوا عاقلة الغاصب بالدية ورجعت

العاقلة في مال
القاتل

العاقلة في مال القاتل ولا يكون لهم القصاص لان الغاصب
تسبب الى القتل والقاتل باشر القتل عمدا فيتخير الاولياء
على ما بينا لان باداء الضمان قام مقام المستحق في حق المال
دون القصاص لان القصاص لم يقبل التمليك بخلاف المال
فلهذا لم يكن لهم القصاص وانما رجعوا في ماله دون العاقلة
لان العاقلة لا تعقل العمد ولو قتل الصبي انسانا في يد الغاصب
فرده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم ان يرجعوا على
الغاصب بشيء لان هذا ضمان جناية الصبي لا ضمان غصبه
فيكون على عاقلته ولو قتل الصبي نفسه او اتى على شيء من انفسه
او اركبه الغاصب دابة فالقى نفسه منها فهو ضامن وهذا
قول ابي يوسف لانه فوت يد الحفظ فصار متسببا الى اتلافه
ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بشيء مما غرم لانه جان فعله
فلا يرجع به على غيره وقال محمد لا ضمان عليه لان جناية
الصبي على نفسه لا يتعلق بها حكم ولو غصب مدبرا فمات في يده
ضمن لانه مال متقوم ولو غصب ام ولد فماتت في يده لم يضمن
في قول ابي حنيفة لانها ليست مالا متقوما عنده خلافا لصاحبيه
ولو غصبها غاصب فماتت في يده بآفة على الوجه الذي بينا انه
يضمن في الصبي الحر ضمن الغاصب قيمتها حالة في ماله لانه
اذا ضمن في الحر ففي ام الولد اولى ه فصل اذا غصب
عينا ثم ادعى هلاكها حبس حتى يقع في الظاهر انها لو كانت
في يده لاظهرها او تقوم بينة لان حق المالك في العين قائم والبناء
اغراض في الاعيان والغاصب بدعوى الهلاك يدعي سقوط
حقه عنها فلا يصدق الا ببينة او ما يغلب على الظن صدقه

ولو قضى عليه بالقيمة بقوله ثم ظهر ذلك الشيء وقيمته مثل ما قال
الغاصب او اقل فلا سبيل لصاحبه عليه لانه وصل
اليه بدله فاقتضى زوال المبدل عن ملكه وان كان قيمته
اكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء امضاه
وان شاء استرده لان بدل ملكه لم يصل اليه بتمامه فتخير
وذكر ابو بكر الرازي من عند نفسه اذا ادعى الغاصب
ان الزيادة حدثت بعد التغييب وادعى المغصوب منه
انها كانت قبله فالقول قول الغاصب لان الملك في المغصوب
ثبت للغاصب فلا يسقط بالشك ولانه يدعي سقوط ملك
الغاصب وهو ينكر فكان القول قول المنكر ولو اتلف مسلم
خمر ذمي او خنزيره ضمن وقال الشافعي لا يضمن وكذا اذا
اتلف صليب نصراني ضمن قيمته صليبا عندنا لان الخمر والخنزير
مال متقوم في حق الذمي عندنا خلافا له واتلاف مال متقوم سبب
الضمان لانه كان مالا متقوما في ابتدا الا ان سقط تقومهما وما
لينتهما بدليل يخص المسلم وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما
الخمر والميسر الاية فيختص به والشافعي يقول هذا اخبار
عن وصف قائم به وهو كونه رجسا فيقتضي ثبوته في حق الكل
كالاوصاف الحسية لان الوصف متى ثبت ثبت في حق الكل
وان كان المنادى خاصا نحو قوله يا عمر ولا تشرب انما انه
نجس او مسموم وانا نقول ليس هذا اخبارا عن وصف ثابت
فيه لان الخمر لم يكن على هذا الوصف وانما هذا انشا وصف و
اثباته بهذا الخطاب ابتدا في حق المسلم فيختص به لان تحريم
الخمر ثبت بهذه الاية هكذا نقل عن الصحابة رضي الله عنهم

ويمنع الذمي من كل ما يمنع المسلم منه الا شرب الخمر واكل الخنزير
لان ذلك مستثنى في عقودهم ولو غنوا او ضربوا العيدان منعوا
كما يمنع المسلمون لان ذلك لم يستثن في عقودهم واذا اجل الغاصب
بدل الغصب جاز وقال زفر لا يجوز لان الواجب رد المثل فلا يصح
تاجيله كالقرض ولنا ان هذا ليس كالقرض لان القرض
اعارة لكن اقيم مثله مقام عينه لما لا يمكن الانتفاع
به باستهلاك عينه فكان رد مثله رد عينه وكانت
عينه باقية ببقاء مثلها والعارية لا تقبل التاجيل لانه
عقد غير لازم بخلاف ضمان الغصب فان العين لم تقدر باقية
ببقاء ضمانها لان ضمانها لا يجب الا بعد هلاكها فتقديرها
ينفي وجوب ضمانها ولو ابرا الغاصب من ضمان الغصب و
هي قائمة في يده سقط الضمان وقال زفر لا يسقط لان
وجوب الضمان يتعلق بالعجز عن الرد ولم يوجد فكان الابراء
اسقاطا للضمان قبل ثبوته فلا يصح لان الاسقاط يقتضي
ثبوتا حتى يسقط وانما هذا ابرا بعد وجود سببه وهو الغصب فيصح
كالعفو بعد الجرح قبل الموت وعن ابي يوسف اذا قال لاخر
غصبنا منك الفا ثم قال كنا عشرة لم يصدق وقال زفر يصدق
لان قوله غصبنا جمع حقيقة وحمله على الواحد مجاز فلا يصار اليه
الا بصارف قلنا وجد الصارف وهو صيانة كلامه عن الالغاء
لانه هو الاصل لانا لو حملناه على الجمع من غير تعريف [illegible]
لغا والالغا خلاف الاصل والتجوز بالواحد عن الجمع اولى من
الالغا ومنافع العين المغصوبة لا تضمن بالغصب والاتلاف
وقال الشافعي تضمن بناء على ان اتلاف المنافع وغصبها لا يتحقق

عندنا وعنده يتحقق وان سلمنا ان اتلافها او غصبها يتحقق
لكن الاتلاف ورد على ملكه لان المنافع حصلت بفعله فصارت
كسبه والكسب علة لثبوت الملك في المكتسب اذا كان
الكاسب اهلا احتياجا واتلاف المرء ملك نفسه لا يعقد سببا
للضمان عليه ولو اجر الغاصب المغصوب فالاجرة للغاصب لانها
بدل منافع تقومت بعقده فصارت كسبه ويتصدق بها لانها
حصلت بطريق محظور ولو فتح باب قفص فطار الطير
منه لم يضمن وقال محمد يضمن وقال الشافعي ان طار من فوره
ضمن وان مكث ساعة لم يضمن وعلى هذا الخلاف اذا حل
رباط الدابة او فتح باب اصطبل الشافعي اذا طار من فوره يضاف
الى فتحه والا فلا ولهما ان الطير مجبول على الطيران عند وجود
المخلص فاشبه شق زق دهن واما هو غير مجبول عليه لانه
مختار في طيرانه فيقتصر عليه ولا يضاف الى غيره بخلاف
المائع لان شق زقه سبب لسيلانه فاضيف اليه وعلى هذا
الخلاف اذا سعى بانسان بغير حق الى سلطان جائر فاخذ
ماله ضمن الساعي عند محمد خلافا لهما قطعا للسعاية وزجرا
للسعاة ولو حل رباط زيت ذائب ضمن وان كان جامدا
فذاب بالشمس وسال لم يضمن لان حل رباط المائع سبب
لسيلانه فاضيف اليه دون حل رباط الجامد وقال ابو حنيفة
اذا كسر على انسان بربطا او طبلا ضمن قيمته خشبا منحوتا
وذكر في المنتقى خشبا الواحا وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان
عليه لانه تعين للهو فسقط تقومه كالخمر ولنا ان الانتفاع
به وجه مباح ممكن والفساد يتعلق بفعل فاعل مختار فلما

يبطل تقومه ولو غصب شيئا فباعه من اخر فاجازه المالك
ولا يعلم ما حاله فالبيع جائز في قول ابي يوسف وهو قول محمد اولا
ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم انه كان قائما وقت الاجازة
لان الاجازة لا تصح الا حال قيام المبيع والشك وقع في قيامه
فلا يصح بالشك ولنا الظاهر بقاؤه فجاز من حيث الظاهر
فلا يبطل بالشك ولو احرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة
ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل وان كان صاحبه قطع
رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لان هذه الزيادة حصلت
بفعل هو معصية فلا يكون لها قيمة بخلاف ما اذا كانت
مقطوعة الرؤوس فانه مباح ولو احرق بساطا فيه تماثيل
رجال ضمن قيمته مصورة لان التماثيل في البساط لا تحترم
فلا يكون معصية بخلاف التماثيل في الباب والسماجة انه
لو هدم بناء مصورا ضمن قيمة البيت والصبغ غير مصور ولو
قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء حرام
والزيادة الحاصلة به لا تتقوم الا اذا كان الغناء نقصا فيها فيضمنها
ناقصة ولو بنى في ارض مغصوبة او زرع او غرس امر برفع البناء
وقلع الزرع والغروس وان نقصها القلع ضمن نقصانها وان كان
القلع يفسد الارض ضمن قيمته مقلوعا وان لم ينبت الزرع
بعد ان شاء انتظره حتى ينبت ثم يامره بقلعه وان شاء ضمن ما
زاد وان كانت ارض بين شريكين فزرعها احدهما ونبت
الزرع فتراضيا ان يعطي الذي لم يزرع مثل بذر الزارع ويكون
الخارج بينهما جاز لانه اشتراء القصيل بحنطة فهو بخلاف
ما اذا لم ينبت لانه لا يدري قدر البذر في الارض هو ان

نبت الزرع فطلب الذي لم يزرع القسمة قسم وامر الذي زرع ان
يقلع ما في نصيب الشريك لانه شغل ملك غيره بغير امره
فيكلف تفريغه ويضمن نقصان الزراعة لانه اتلف النقص
منها ولو بنى في ارض مغصوبة مسجدا او حانوتا جازت
الصلوة فيه ودخول الحانوت للشرا لانه ماذون دلالة لان المسلم
لا يمنع من الصلوة ولا يجوز السكنى فيه لانه غير ماذون فيه دلالة
وصريحا وقال هشام لا يجوز الصلوة والدخول فيه للشرا لانه
تصرف في ملك الغير بغير اذنه وان سكن تبطل شهادته لانه
مرتكب كبيرة ولو غصب شيا فغصبه منه اخر ثم رده على الاول
برئ لان للغاصب يدا على المحل معتبرة لكونه محتاجا الى ابقائها
للرد على المالك والتخلص من العهدة فيصح الرد اليه كالرد الى
المالك ولو هلك في يد الثاني فدفع قيمته الى الاول برئ
في الروايات المشهورة لان القيمة قائمة مقام العين ويبرئ
العين ثم ان كذى برد قيمتها وعن ابي يوسف انه لا يبرا
الا بحكم الحاكم لان باهلاكه وجب عليه الضمان للمالك فلا
يبرا الا بالاداء اليه او نائبه ولم يوجد قال ابو حنيفة وابو يوسف
اذا باع الغاصب العبد المغصوب فاعتقه المشتري ثم اجاز
المالك البيع بعد العتق نفذ استحسانا وقال محمد وزفر لا ينفذ
لان الاعتاق لم يقع في ملكه فيبطل لقوله عليه السلام لا عتق
فيما لا يملكه ابن ادم ولنا اعتاقه صادف ملكا موقوفا فيتوقف
تفيد الموقوف ثبوت الملك فيما ينفع المشتري ولا يضر المالك
والمسئلة مستقصاة في الخلاف

كتاب الديات

القتل على ثلثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا

فالعمد ان يتعمد الضرب بسلاح او ما جرى مجراه في تفريق الاجزاء
فيتعلق به الماثم لقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا الاية
والقود عينا لا يعدل عنه الى المال الا بالصلح وقال الشافعي
لولي القتيل العدول الى المال من غير رضا القاتل فان عنده
الواجب احدهما غير عين وحينا التعيين الى الولي وفي
قول موجبه القود عينا وللولي العدول الى المال من غير رضا
القاتل وجه قوله الاول وجوب القصاص بازاء القياس لانه
حق العبد وحقه في الجابر والقصاص لا يجبر بل يفوت
لانه اتلاف بازاء اتلاف لكن تعذر العمل بالقياس في نفي
وجوب القود عينا فعمل به في نفي وجوبه عينا ولنا
العين ما لا يزاحمه غيره والقود لا يزاحمه غيره لانه لو زاحمه
لزاحمته الدية وانها لا تصلح مزاحمة بدليل ان للقود مدخلا
فيه فان للمولى ان يقتص بالاجماع ولو كانت الدية صالحة
لما كان للقود مدخل فيه لانه اكثر ضررا من الدية ومتى
امكن تحصيل المقصود بادنى الضررين لا يصار الى اعلاهما
قوله القياس يابى وجوب القصاص ممنوع قوله لا يجبر ممنوع
وبيانه وهو القصاص يجبر الحقوق الفائتة معنى نقلا وعقلا
اما نقلا فقوله عز وجل ولكم في القصاص حيوة واما عقلا
فلانه يندفع سبب الهلاك عن الورثة بعد انعقاده وانه
احيا للورثة معنى واحيا الورثة احيا للمورث معنى لان حياته
تعود بما تمكن حياتهم فكان وجوب القصاص موافقا للقياس
لا مخالفا فاذا تعين القود موجبا لا يملك الولي العدول عنه الى
غيره الا بالتراضي لان الحق فيه لا في غيره وحرمان الارث

لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل ولا كفارة فيه عندنا وعند
الشافعي تجب الكفارة لانها شرعت ساترة للذنب والذنب في العمد اكثر
فكانت الحاجة الى شرعها امس ولنا قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا
متعمدا الاية جعل كل موجب العمد النار فينتفي وجوب الكفارة
ضرورة الا انه زيد على النص حرمان الارث والقود فمن ادعى
زيادة الكفارة فعليه اثباتها ولان العمد كبيرة والكفارة عبادة
فلا تجب بالكبيرة قوله شرعت لستر الذنب ممنوع فان الخاطي لا يأثم
ومع ذلك تجب عليه الكفارة ولئن سلمنا انها شرعت لستر
الذنب لكن لستر ذنب ترك التحرز عن الوقوع في القتل الخطا
وانه دون ذنب قتل العمد فوجوب الكفارة للستر ثم لا يكون
وجوبا ههنا وشبه العمد ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا
يجري مجراه في تفريق الاجزا ولا يجب به القصاص في قول
ابي حنيفة وقالا والشافعي شبه العمد ان يتعمد الضرب بالة
لا يقتل بمثلها في الغالب فان كانت الالة مثقلة فهي بمنزلة
السيف فيجب بها القصاص لان سبب وجوب القتل العمد
الحرام المحض وقد حصل لنا ان السبب انما ينعقد علة عند
وجود شرط وهي المماثلة الممكنة بدليل قوله عز وجل ومن جا
بالسيئة فلا يجزى الا مثلها لكن ما لا يمكن منها خص من
النص بقوله لا يكلف الله نفسا الا وسعها وكذا ما فيه
جرح بالنص فبقيت المماثلة الممكنة مشروطة بالنص ولم يوجد
ههنا لانه لو وجب القود لا يخلو اما ان يستوفي جرحا او دقا
ولا وجه للاول لان الاول لم يجرح فانعدمت المماثلة بينه وبين
الجرح ولا ممكن لان اعتبار المماثلة بين اصل الجرح ممكن

وان كان لا يمكن في اعداد الجراحات ومقاديرها ولا وجه
الى الثاني لانه لا يمكنه ان يقتله دقا كما فعل الاول فوقع
التردد في وجود الشرط فلا ينعقد السبب علة لوجوب القود
وعند ابي حنيفة تجب الدية مغلظة لان الصحابة اجمعوا
على وجوبها وان اختلفوا في كيفيتها ويجب الوجوب على العاقلة
في ثلثة سنين فان عمر رضي الله عنه قضى بوجوب الدية على العاقلة
في ثلث سنين بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان
اجماعا وفي شبه العمد الكفارة لانه يشبه الخطا في تمكن الشبهة
فيه فالحق به ولان الكفارة شرعت على وجه التخفيف لانها
تدفع العقوبة في العقبى والقتل الذي فيه شبهة بالاباحة وذكر
ابو الفضل الكرماني وجدت في كتب اصحابنا لا كفارة
في شبه العمد لان اثمه متناهي فاشبه العمد والخطا قد يكون
في نفس الفعل نحو ان يقصد شيئا فتصيب غيره وقد يكون
في الظن نحو ان يظنه صيدا او حربيا فيصيبه فاذا هو مسلما او ذميا
وليس فيه اثم القتل انما فيه اثم ترك التامل في القاتل والتحفظ
والتحرز عن الوقوع فيه والكفارة شرعت لستر هذا الاثم و
بهذا الاثم انتفى القتل سببا لحرمان الارث وفيه الدية على
العاقلة في ثلث سنين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير
رقبة مؤمنة ويحرم الارث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل
ونوع اخر يجري مجرى الخطا وهو النائم ينقلب على انسان فيقتله
واما القتل بطريق التسبيب كحفر البير ووضع الحجر على قارعة الطريق
وذلك يوجب الدية على العاقلة ولا تتعلق به الكفارة ولا حرمان
الارث وقال الشافعي يلحق بالخطا في جميع احكامه لان

المتسبب الحق بالمباشر فيترتب عليه احكامها وانما الحق
بالمباشر في حق وجوب الدية على خلاف الاصل لان
جعل المتسبب مباشرا جعل المعدوم موجودا وانه خلاف
الحقيقة فلا يصار اليه الا لضرورة ولا ضرورة فيما عدا وجوب
الدية وليس فيما دون النفس شبه عمد ما هو شبه عمد في
النفس عمد فيما دون النفس لان الجناية فيما دون النفس دون
النفس لا تختص بالة دون الة لان الحكم لا يختلف فيه باختلاف
الالة بخلاف الجناية على النفس بالقتل فانها تختص بالة دون
الة لان الحكم يختلف باختلاف الالة **باب**
معرفة مقادير الديات والارش ه لا خلاف ان الدية مقدرة
من الابل بمائة لقوله عليه السلام في النفس المومنة مائة من
الابل ومن الدنانير بالف لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار ومن الدراهم عشرة
الف بوزن سبعة وقال مالك والشافعي اثنى عشر الفا وقال
محمد انما كانت الدية اثنى عشر الفا وزن ستة وقال ابو حنيفة
الدية يقضى بها من ثلثة اصناف من الابل والعين والورق وقال
ابو يوسف ومحمد ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن
الحلل مائتا حلة لان عمر رضي الله عنه قضى بالدية من هذه
الانواع الستة بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا
وانا نقول انما قضى بها حين كانت الديات على العواقل فلما نقلت
الى الدواوين قضى من الاصناف الثلث لانه لو لم يكن كذلك
لجاز الصلح على اكثر من مائتي بقرة ومائتي حلة ومع ذلك لا
يجوز فانه ذكر في المعاقل اذا صالح على اكثر من مائتي بقرة

او مائتي حلة لم يجز في قول ابي حنيفة وهذا يدل على ان قوله
مثل قولهما ودية المراة على النصف من دية الرجل لانه نقل
عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت ذلك ولم ينقل عن
غيرهم خلافه فكان اجماعا وما دون النفس من المراة معتبر
بديتها لانه بعض الجملة فيعتبر بكلها ودية الخطا اخماس
عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون ابنة
لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة ودية شبه
العمد ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت
لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجب اثلاثا ثلثون حقة
وثلثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها خلفة
وما ذهب اليه محمد مذهب عمر وزيد بن ثابت وما ذهبا اليه مذهب ابن
مسعود وهذا من باب المقادير فالمنقول عنهم كالمروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم وانما رجحا قول ابن مسعود لكونه اقرب الى
القياس لان الحمل لا يوقف عليه حقيقة ولكونه موافقا للخبر
المشهور وهو قوله عليه السلام في النفس المومنة مائة من الابل
وفيما ذكر زيادة على المائة وهي التي في البطون من الاجنة
وما روى محمد عن النبي صلى الله عليه وسلم الا ان في قتيل شبه العمد
قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها
اولادها لم يثبت لان الصحابة اختلفوا فيه فلو كان ثابتا لما
اختلفوا ودية الذمي والمستامن كدية المسلم وقال الشافعي
دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان
مائة لان نقيصة الكفر فوق نقيصة الانوثة فيوثر في نقصان

البدل كما لو نوته ولنا ان النبي عليه السلم اوجب في المستامنين اللذين
قتلهما عمرو بن امية الضمري بدية حرين مسلمين وعن الزهري
قال قضى ابو بكر وعمر بدية الذمي مثل دية المسلم ولانه حر
معصوم فيكون ضمانه كضمان الحر المسلم لانه لا افتراق بينهما
الا في الكفر واثر الكفر في العقوبة في العقبى لا في الدنيا والله اعلم

باب

الاعضا التي يجب في كل عضو منها دية وهي ثلثة اللسان والانف
والذكر فاذا استوعب الانف جدعا او قطع المارن وحده
ففيه دية كاملة وكذلك الذكر اذا استوعب او قطعت الحشفة
وكذلك اللسان اذا استوعب او قطع منه جزء فذهب الكلام
كله وان ذهب بعضه ففيه حكومة عدل ومن اصحابنا من قال
يقسم على عدد الحروف فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف
والمعتبر الحروف التي يتعلق باللسان فاما الهوائية والحلقية
والشفهية فلا يدخل لانها ليست من منافع اللسان والاصل
في الباب ما روي سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام انه قال
في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الانف الدية وفي الذكر
الدية وقطع المارن ملحق بقطع الانف لمشاركته اياه في ذهاب
جمال الوجه وكذلك الحشفة ملحقة بالذكر لمشاركتها اياه
في المعنى وهو فوات منفعة الايلاد وكذا قطع ما يذهب بقطعه
الكلام ملحق بقطع كل اللسان لمشاركته اياه في المعنى وهو فوات
فايدة اللسان وهو الكلام بخلاف ما اذا ذهب بعضه لانه لم
يفوت كل منفعة اللسان

باب

المعاني التي توجب الدية فيما ليس بعضو فيها [illegible] في النفس الدية

وكذلك العقل والسمع والبصر والشم والذوق والكلام وفي شعر
الراس اذا سقط ولم ينبت من الرجل والمراة اذا كانا حرين الدية
كاملة والاصل فيه ما روي عن عمر انه اوجب في رجل ضرب على
راسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه اربع ديات وكان
ذلك لفقه وهو ان في كل واحد من هذه الاشيا تفويت جنس المنفعة
وانه اهلاك من وجه بالاهلاك من كل وجه وكذا في لحية فيلحق صح
الرجل الدية وقال الشافعي فيها حكومة عدل لان وجوب
الدية باتلاف البعض خلاف الاصل ورد به الشرع في اتلاف
طرف يفوت به منفعة الجنس فيما عداه يبقى على الاصل وليس
في سقوط الشعر فوات جنس المنفعة ولنا ما روي عن النبي عليه السلام
انه قال في الصعر الدية والصعر اعوجاج الرقبة وبه يفوت
الجمال دون منفعة الجنس فكان هذا نصا في ان تفويت الجمال
على الكمال يوجب الدية كتفويت منفعة الجنس وعن علي رضي الله
عنه انه اوجب في لحية حلقت ولم تنبت الدية كاملة وكذا في
شعر الراس لان به يفوت الجمال على الكمال ولانا اجمعنا على ان
الدية تجب بتفويت جنس المنفعة لشرف الادمي وشرفه بجماله
فوق شرفه بجنس منفعته وسقوط شعر الراس واللحية يفوت الجمال
على الكمال فيلحق بتفويت جنس المنفعة في وجوب الدية بخلاف
شعر البدن فان بفواته لا يفوت الجمال وكان الفقيه ابو جعفر
يقول انما تجب الدية في اللحية اذا كانت كاملة يتجمل بها فاما اذا
كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وان كانت
غير متوفرة لا يقع بها الجمال على الكمال وليست مما يشين ففيها
حكومة عدل واما لحية العبد فقد ذكر في الاصل ان فيها

حكومة عدل لان المقصود من العبد المنفعة لا الجمال وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجب كل القيمة لان العبد كما يقصد العبد
منه منفعة يقصد منه جمال والمراة كالرجل في تفويت جنس
المنفعة وتفويت الجمال لان المعنى يجمعهما واذا ضرب ظهر رجل
فصار لا ينزل فعليه الدية كاملة لانه فوت جنس منفعة الانزال
وكذلك المراة اذا افضاها فصارت لا تستمسك البول
والغايط او احدهما ففيه دية كاملة لانه فوت جنس المنفعة

باب

ما يجب فيه الدية على قدر ما يجب في البدن هو في العينين الدية
وكذا في الاذنين والانثيين والحاجبين وثديي المراة وفي
الواحد منها نصف الدية سوا ذهب نور البصر دون الشحمة
او مع الشحمة وسوا قطع اصابع الكف مع الكف او دون
الكف وكذا القدم والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب عن
النبي عليه السلام انه قال في العينين الدية وفي الاذنين الدية
وفي الرجلين الدية وفي الذكر الدية وفي الشفتين الدية والفقه
فيه ما ذكرنا ان بكل واحد منها يفوت جنس المنفعة وبقطع
الثديين يفوت منفعة الارضاع وبتفويت نور العينين منفعة
البصر وبتفويت الحاجبين الجمال وبقطع الاصابع منفعة البطش
وكذا اذا قطع الحلمة من ثدي المراة لانه يفوت منفعة الارضاع
وسوا كان بضربة او ضربتين اذا كان قبل برء الاول لان الجنايات
المتعددة تاخذ حكم جناية واحدة اذا لم يتخللها برء وفي اشفار
العينين الدية لانه تفويت الجمال على الكمال وفي الواحد منها الربع
وفي الاثنين النصف وفي الثلث ثلثة الارباع اذا لم ينبت اما اذا

لم تنبت . اما اذا انبتت فلا شي لانه اخلف مثلها وكذا اذا
قطع الجفن فيه الشعر ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطا
ففي الكف والاصابع الدية وفي الذراع حكومة عدل في قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيه الدية لا غير لان الشرع
اوجب الدية في اليد واليد اسم لها من روس الاصابع الى المنكب
ولنا اليد هي الالة الباطشة والبطش يتعلق بالاصابع والكف
دون الذراع فلا يجعل الذراع تبعا له ... في الحكم وفي كل
اصبع من اصابع اليد والرجل عشر الدية لقوله عليه السلام
في اصبع عشر من الابل والكل سوا لا فضل للبعض على البعض
لان النبي عليه السلام سوى بينها وما كان من الاصابع فيه
ثلث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الاصبع وما كان
فيه مفصلان ففي الواحد منه نصف دية الاصبع لانه اذا كان
لها ثلثة مفاصل ففي كل مفصل ثلثها فان كان لها مفصلان
ففي كل مفصل نصفها وسوا ما قطع من الاصابع او شل لان كل
واحد منهما في تفويت المنفعة سوا وفي كل سن خمس ماية درهم
لقوله عليه السلام في كل سن خمس من الابل والكل سوا
المقدم والموخر والثنايا والاضراس والانياب لان النبي
عليه السلام سوى بينها وما فصل واذا اسودت السن من الضربة
او احمرت او اخضرت ففيه الارش تاما لانه فات الجمال على الكمال
وان اصفرت ففيه حكومة عدل وقال زفر يجب عقلها تاما لان
هذا التغير يفوت كل الجمال فاشبه الاسود ولنا انه يفوت
كله بل ينقص لان الاصل في السن الصفرة بخلاف غيرها من الالوان
فانه ليس باصل هذا اذا لم ينبت الى سنة فان نبتت خضرا او حمرا

او صوّا فيها ما ذكرنا لان حكم الجناية انما يجب بعد استقرارها
واليه اشار النبي عليه السلام بقوله يستانى بالجراح الى ان
تبرا لان العلم بموجبها لا يتحقق الا بعد استقرارها فاذا نبتت
لا يجب شي لان النابت قام مقام الساقط فصار كان لم يسقط
بخلاف ما اذا نبتت خضرا او حمرا لانها ما نبتت كما هي وفي الشفتين
الدية وفي احداهما النصف والعليا والسفلى سوا لقوله عليه السلم
في الشفتين الدية من غير فصل هـ

باب الشجاج

هـ ذكر احدى عشرة شجة ولم يذكر محمد منها
ثلثا فقال اولها الحارصة وهي التي تشق الجلد ثم الدامعة وهي التي
تخرج منها ما يشبه الدمع ولم يذكرها محمد لانه لا يبقى لها
اثر في الغالب ولا يتعلق بها حكم ثم الدامية وهي التي تخرج
منها الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم ثم المتلاحمة وتفسيرها
عند ابي يوسف ما يذهب في اللحم اكثر مما يذهب في الباضعة
وعند محمد المتلاحمة قبل الباضعة ثم السمحاق وهي التي تصل الى
الجلدة الرقيقة فوق العظم ثم الموضحة وهي التي توضح العظم ثم الهاشمة
وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي تخرج منها العظم ثم الامة
وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي الجلدة فوق الدماغ ثم الدامغة
وهي التي تخرق الجلدة ولم يذكرها محمد لانه يموت ولا يعيش فيجب
الدية ولا يتعلق بالشجة احكام وفي الموضحة القصاص في قولهم
لانه امكن تحقيق شرطه وهي المماثلة الممكنة وما بعد الموضحة
لا قصاص في قولهم لانه لا يمكن تحقيق شرطه وما قبل الموضحة
فقد ذكر في الاصل انه يجب القصاص وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه لا قصاص وما قبل الموضحة حكومة عدل لانه لا

يمكن تحقيق شرطه وهي المماثلة وليس لها ارش مقدر ولنا انه يمكن
تحقيق شرطه وهي المماثلة بان يسبر قدر الجراحة بمسبار ثم يتخذ
حديدة بقدر ذلك فيقطع في اللحم واختلفوا في كيفية الحكومة
فذكر الطحاوي انه يقوم لو كان عبدا فيقوم وهو صحيح
ويقوم وبه شجة فيكون قدر النقصان ارشها من الدية و
انكر عليه الشيخ ابو الحسن وقال بانه يؤدي الى ان يجب
في الشجة الصغيرة اكثر مما يجب في الشجة الكبيرة فيكون
الواجب في السمحاق اكثر من الواجب في الموضحة فانه
يجوز ان يكون نقصان السمحاق اكثر من نصف عشر قيمة
العبد فيجب في السمحاق اكثر مما يجب في الموضحة ولكن
يوخذ مقداره من الشجة التي لها ارش مقدر بالحزر والظن وفي
الموضحة اذا كان خطا خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي كذا
المنقلة خمس عشرة وفي الامة ثلث الدية بينة رسول الله في كتاب
عمرو بن حزم والشجاج تختص بالراس والوجه ومواضع العظام
كالجبهة والوجنتين والذقن وما كان في البدن يسمى جراحة
ولا يثبت فيه حكم الشجة لانه من باب اللغة فيتلقى من اربابها
نقلا لا عقلا وانما لم يثبت حكم الشجة في الجراح لان حكمها يثبت
للشين يلحقه ببقاء اثر الضرب ولهذا اذا التحمت ولم يبق اثر الضرب
لا يجب ارش الشجة والشين انما يلحق ببقاء الاثر في موضع
لا يستتر عادة كالوجه والراس واما في مواضع تغطى عادة فلا
يثبت حكم الشجة وما كان له ارش مقدر وذلك خمس مائة فما فوقها
في الخطا فهو على العاقلة وما كان دون خمس مائة فهو
في مال الجاني واما في المراة فمقدر بمائتين وخمسين وقال الشافعي

تحمل العاقلة القليل والكثير لان الوجوب على العاقلة للتخفيف
وهذا انما يجب في الخطا دون العمد والجناية الصغيرة اولى
بالتخفيف من الكبيرة فكان وجوبها على العاقلة اولى ولنا
ما روي عن ابن عباس عن النبي عليه السلم انه قال لا تعقل العاقلة
عبدا ولا عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة
وما ذكره قياس في مقابلة النص فلا يكون حجة ولان
الوجوب على العاقلة من خصايص الانفس وكذا انفذ ابن الضمان
حكم يختص بالادمي فلا بد من ضمان مقدار ليظهر خاصية النفسية
فيجب على العاقلة ولا يلزم على هذا ارش الانملة فانها لا تجب على
العاقلة مع كونه مقدرا فانه ليس بمقدر في ذاته وانما هو جزء
من المقدر وما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية
فذلك على العاقلة في سنة فما زاد على الثلث ففي سنة اخرى
لان الكل يجب في ثلث سنين فثلثها في سنة وثلثاها في سنتين
والجايفة ما يصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب
وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي لو وصل اليه الطعام والشراب
كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجايفة وليس لشي من الجراح
ارش معلوم غير الجايفة فان فيها ثلث الدية وان نفذت الجراحة
من الجانب الاخر ففيها ثلثا الدية لقوله عليه السلام في الجايفة
ثلث الدية ه

باب

ما يجب فيه الحكومة ه لا قصاص في شي من العظام لقوله عليه السلام
لا قصاص في عظم لان شرط وجوبه المماثلة الممكنة وانه لا يمكن
تحقيقها في العظام لانه لا يمكن ان يكسر كما كسر هو الا في السن
فان كسر بعضه اخذ من سن الكاسر مثل ما كسر لانه امكن

تحقيق المماثلة الممكنة وان قلع سنه لم يقلع سنه لانه لا يمكن
تحقيق المماثلة في القلع لكن يوخذ سنه بالمبرد الى ان
ينتهي الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وعن ابي يوسف في
الضلع اذا كسر او الترقوة وغير ذلك من العظام ان
فيه حكومة عدل ه تقدر ما يري الحاكم بعد نظر ذوي عدل
ممن له علم به لانه تعذر وجوب القصاص لفقد شرطه
وهو المماثلة وليس له ارش مقدر واهداره لا يجوز فيجب حكومة
عدل ه وفي ثدي الرجل حكومة عدل وفي لسان الاخرس
وذكر الخصي والعنين والعين القايمة الذاهب نورها والسن
السودا واليد او الرجل الشلا حكومة عدل لان هذه الاعضا
فاتت منافعها وبقيت صورها وليس لها ارش مقدر وتعذر
ايجاب الارش الكامل لفوات المنفعة وقال ابو حنيفة في
سن الصبي الذي لم يثغر لا شي فيها لانه بعرض السقوط
وكذا اذا وضح انسانا فالتحمت الشجة ونبت الشعر لا شي
على الشاج في قول ابي حنيفة لان الجناية انعدمت بانعدام
اثرها فصارت كان لم تكن وقال ابو يوسف تجب حكومة
عدل في الالم وعن محمد يلزمه اجرة الطبيب واذا قلع سن
البالغ فنبتت سن مكانها فلا شي فيها في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف عليه الارش كاملا لان الجناية متحققة وهلاك الاجزا
نعمة افادها الله فلا ينجبر بخلاف سن الصبي فانه كان
بعرض السقوط بخلاف سن البالغ ولنا ان الجناية انعدمت
بانعدام اثرها فصارت كان لم تكن فلا يجب شي كسن الصبي
ولو قلع سن انسان فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم

فعلى القالع الارش كاملا وكذا اذا قطع الاذن فالصقها فالتحمت
لانها لم تعد الى الحالة الاولى فان عروقها لا تعود فلا تعتبر
هذا القدر ولو قلع ظفر انسان فان لم ينبت ففيه حكومة
عدل لانه ليس له ارش مقدر وان نبت على عيب ففيه حكومة
عدل دون ذلك وان نبت كما كان فلا شي فيه وفي الاصبع
الزايدة والسن الزايد حكم عدل لانه ليس لكل واحد منهما منفعة
ولا زينة فلا تجب بقطعها ارش مقدر لكنه جزء من الادمي
فلا يمكن اهداره فيجب حكم عدل ولو بدا فقطع الذكر ثم الانثيين
من الرجل الصحيح فطاقع ذلك ديتان لانه فوت بقطع كل
واحد منهما جنس المنفعة فبقطع الذكر منفعة الايلاج وبالانثيين
منفعة الانزال وكذا اذا قطعهما من جانب واحد لان القطع
صادفهما حال قيام منفعتهما فيفوت منفعتهما ولو بدا بالانثيين
ثم بالذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل
لان القطع صادف الذكر بعدما ذهبت منفعته وصادف
الانثيين حال قيام منفعتهما واطراف الصبي بمنزلة اطراف
البالغ يجب الارش كاملا اذا علم صحتها بالحركة في بعضها ففي
اللسان بالكلام وفي العين بما يستدل به على النظر يشارك
طرف البالغ في تفويت منفعة الجنس فيشاركه في الحكم
ولا يكتفي بالاصل بان يقال الاصل فيه الصحة لانه تحتمل
خلاف ذلك فلا يصلح حجة الالزام وما يفوت الجمال
دون المنفعة ففيه الدية كاملة كما في البالغ لان المعنى يجمعهما
وهو تفويت الجمال وكذا اذا قلع سن صبي ولم ينبت ولو حلق
راس انسان فنبت شعره ابيض فلا شي فيه في قول ابي حنيفه

وقال ابو يوسف حكومة عدل وان كان المحلوق راسه عبدا
ففيه النقصان عندهم فابو يوسف يقيس على العبد ويقول
اذا وجب في العبد فلان يجب في الحر اولى وابو حنيفة يفرق
ويقول في الحر لا يعد عيبا فلا يوجب نقصانا وفي العبد يعد
عيبا فيوجب نقصا وعن ابي يوسف في ذكر قطعت حشفته
يجب بقطعها حكومة عدل وكذا كل عضو فاتت منفعته
الاصلية يسقط تقدير ارشها وعلى هذا الانف المقطوع الارنبة
وثدي المراة المقطوع الحلمة والجفن الذي لا اشفار فيه و
الكف المقطوع الاصابع لان المنفعة الاصلية كانت فايتة
فتعذر ايجاب الارش الكامل وليس له ارش مقدر فيجب حكومة
عدل ولو جنى على الجفن انسان وعلى الشعر الذي فيه اخر فعلى الذي
ازال الشعر الارش كاملا لانه فوت الجمال وعلى الذي قطع الجفن
حكومة عدل ولا يختلف هذا بالبرء وعدمه لان جناية الثاني
قطعت سراية الاول وان كان الجاني واحدا كان الفعل
الثاني قبل برء الاول تتميما للاول فكانه حصل دفعة واحدة
فيأخذ حكم جناية واحدة ه باب
ما يدخل من جناية الشجاج بعضها في بعض ه اذا شج رجلا
فذهب عقله يدخل ضمان الشجة في ضمان العقل لان تفويت العقل
يجري مجرى تفويت منافع جميع الاعضا فصار كانه قتل و
كذلك ضمان الشجة يدخل في ضمان الشعر لان ضمان الشجة انما
يجب لاجل الشعر فاذا وجب للشعر ضمان دخل ضمان الشجة
فيه لانها تبع واما ما عدا ذلك من البصر والسمع والكلام فلا
يدخل فيه ارش الشجة في قول ابي حنيفة ومحمد لان منفعة كل واحد

منها اصلا فلا تنقص بتبع المعز بها وقال ابو يوسف يدخل ضمان
الشجه في ديه السمع والكلام ولا يدخل في ديه البصر لان البصر
حي والسمع والكلام خفي وهذا الفرق لا يتضح وطريق معرفه
ذهاب السمع والشم والكلام والبصر ان يعترف الجاني بذلك
او ينكل فيقضي عليه بالنكول وقد تعرف البصر بنظر
الاطبا فيه واما السمع فيستغفل وكذا في الكلام واما الشم
فيمتحن بالروايح الكريهه فان ظهر فيه التغير علم كذبه
والا فلا ولا يدخل من ديات هذه الاشيا بعضها في بعض الا
اذا سري الى النفس فتجب الديه على عاقلة الجاني في
الخطا لان عند السرايه يصير الفعل قتلا خطا فيترتب
عليه حكمه وفي العمد يجب في مال الجاني لان العاقله
لا تعقل العمد لما رويناه وساير الشجاج في هذا سوا موضحه
كانت او غير موضحه او هاشمه او منقله او امه فذلك
في ديه العقل لما بينا وان كانت امه ثلثا وقد فات العقل
وجب فيها ديه واحده لان ارشها دخل في ضمان العقل
وان كانتا اثنتين فذهب منها عقله لم يدخل شي من ارش الشجاج
اكثر من ديه وكان فيهما ديه وثلث ديه في كل شجه ثلث
من ذلك لان الشي لا يتضمن ما هو فوقه ويتضمن مثله ولو
شج رجلا في حاجبه موضحه فسقط الشعر ولم ينبت فعليه
نصف الديه وذلك ضمان الشعر ويدخل فيه ارش
الموضحه لان في الحاجبين الديه ففي احدهما نصفها ولو
قطع كفا فيها ثلثة اصابع فصاعدا وجب ارش الاصابع وسقط
ضمان الكف في قولهم لانها اكثر الاصابع فاخذ حكم

كلها ولو كان في الكف اقل من ثلث اصابع وجب ارش ما
بقي منها ولو كان مفصلا واحدا من اصبع في قول ابي
حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يجب الاكثر من ضمان الاصابع
ومن ارش الكف لان القليل يتبع الكثير ولا يتبع الكثير
القليل ولنا ان الاصبع اصل والكف تبع والاصل وان قل
لا يتبع التبع وان جل وعن ابي يوسف اذا قطع كفا
لا اصبع فيها ففيها حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع
لان التبع لا يبلغ رتبه الاصل ❊

باب الجنين ❊

اذا ضرب بطن حره فالقت جنينا ميتا ففيه
الغره عبد او امه تعدل خمسمايه لما روي المغيره بن شعبه
انه قال كنت بين جارتين فضربت احداهما الاخري بمسطح
فالقت جنينا ميتا وماتت فقضي رسول الله على عاقله الضاربه
بالديه والغره للجنين ذكرا كان او انثي لان النبي
عليه السلم لم يفصل بينهما والغره على العاقله لان النبي قضي
بها عليها وتقسم بين ورثه الجنين ولا يرث الضارب منها
شيا لانه قاتل ولا كفاره على الضارب لان الشرع ورد
بها في قتل النفس المطلقه خطا والجنين ليس بنفس مطلقه لانه
جزو من وجه وان القت حيا ثم مات ففيه ديه كامله
وتجب الكفاره لانها اذا وضعت ثم مات فهو نفس كامله يجب
بقتله ما يجب بقتل النفس الكامله وان القت جنينين وجب
في كل واحد منهما حالة الاجتماع ما يجب حالة الانفراد لان المعنى
يجمعهما ولو ماتت الام من الضربه ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه ديه في الام وديه في الجنين لانه قتل شخصين

عمود الفسطاط لا دل وحديث الغره فرس او بغل
الاولي بعود مسطح لان الاصح بالاول
للسان [illegible]

حاملتين وان خرج بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شيء
في الجنين وقال الشافعي يجب في الجنين الغرة لان الظاهر
موته من الضربة ولنا يحتمل انه مات بموت امه لانه يتنفس
بتنفسها فاذا ماتت الام ينقطع نفسها فيكون موته مضافا
الى موت امه دون الضرب فلا يجب شيء كما لو خنقت امه ولو
ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته
ان كان ذكرا او عشر القيمة ان كانت انثى وقال الشافعي
فيه عشر قيمة الام بناء على ان ضمان الجنين مقدر بديته
عندنا وعند الشافعي بدية الام لانه جزء من اجزائها من وجه
واصل من وجه فاعتبرنا معنى الجزوية في تقدير ضمانه لان
ضمان الاطراف تقدر بضمان الاصل وجعلناه معتبرا عن
الجنين اعتبارا بمعنى الاصالة لنا الضمان يجب لكونه اصلا
لا لكونه جزءا لان ضمان الجزء يجب لظهور النقصان في
الاصل وهذا بخلافه فاذا وجب لكونه اصلا يجب تقدير
ضمانه بدية نفسه ولو خرج حيا ثم مات ففيه قيمته لان القيمة
في العبد كالدية في الحر وما وجب في جنين الامة
فهو في مال الضارب لان الاصل في الجناية على الرقيق اذا
لم يبلغ النفس وجوبها على الجاني دون العاقلة لان المالية
فيه اظهر وعن ابي يوسف انه لا شيء في جنين الامة ويجب
ما انتقص الام وهو كجنين الدابة ولو ضرب بطن حرة فالقت جنينا
قد استبان بعض خلقه ففيه ما في الجنين التام ولا كفارة
على الضارب لما بينا الا ان يشاء ذلك ويستغفر مما صنع

باب

اروش الجنايات على الرقيق قال ابو حنيفة كل شيء
من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وما كان فيه نصف
الدية ففي العبد نصف القيمة وما يقصد به الزينة لا يتقدر
كالحاجب والاذن لان المقصود من العبيد الخدمة لا
الزينة بخلاف الحر وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة
يتقدر لان الزينة مقصودة من العبد كالمنفعة وقال
ابو يوسف ومحمد لا تتقدر ضمان الجنايات عليه ولكنه يقوم
مجنيا عليه وغير مجني عليه فيغرم الفضل ما بين
القيمتين لان ضمان ما دون النفس من العبد ضمان المال
بدليل انه لا يجب على العاقلة بالاجماع وضمان المال غير
مقدر شرعا بل مقدر بقدر النقصان لنا ان اطراف الحر
الحقت بالانفس لان اتلافها ينفع وسيلة الى اتلاف
الانفس وفيها معنى المال لانها خلقت لمصالح النفس والمال
غير الادمي خلق لمصالح الادمي واطراف العبد تشارك
اطراف الحر في المعنى الداعي الى الالحاق بالانفس وفي معنى
المالية فيها اظهر لان العبد مال بجميع اجزائه فاجتمع
في اطرافه معنى المالية ومعنى النفسية فاعتبرنا معنى
المالية لم يوجب ضمانها على العاقلة لان تضمين العاقلة
امر ورد الشرع به بخلاف الاصل في حق النفوس المطلقة
وما في معناها غالبا واطراف الحر في معناها غالبا دون اطراف
العبد فلا تلحق بها ومن حيث ان فيها معنى المالية قدرنا
ضمانها لان التقدير ورد به الشرع فيما له شبه بالنفوس
من وجه ولهذا قدر ضمان عين حيوان يعمل عليه بربع

قيمته كالفرس والبغل والحمار والثور والجمل دون ما لا يعمل
عليه كالغنم لان له شبه بالادمي من وجه لكن لما كان
لا يحصل العمل به الا باستعمال الادمي جعل بمنزلة عبد له
اربعة اعين ففي العبد في احدى العينين نصف القيمة
وفي عين الفرس ربع القيمة واذا قتل العبد خطا فقيمته
على العاقلة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف على
القاتل بناء على ان ضمان العبد عنده ضمان مال فيجب
على الجاني وعندهما ضمان دم فيجب على العاقلة ومعنى قوله
عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا اي اذا
جنى العبد اما اذا جني عليه فلا ولو قتل العبد وقيمته عشرة
الاف او اكثر ففيه عشرة الاف الا عشرة دراهم وقال ابو
يوسف والشافعي تجب القيمة بالغة ما بلغت بناء على
ان الواجب عندهما ضمان مال وفي ضمان الاموال تجب
قيمتها بالغة ما بلغت وعندهما ضمان ادمي وهو مال
فلا يزاد على ضمان ادمي ليس بمال وهو الحر لان العبد ادنى
رتبة من الحر ومن اوجب فيه اكثر مما يجب في الحر فقد جعل
الخسيس على بدل النفيس اية انه ضمان ادمي لا مال تسميته
اياه دية بقوله ودية مسلمة الى اهله والدية في
العرف اسم لما يؤدى في مقابلة الادمي لا في مقابلة
المال الا انا نقصنا عنها عشرة اظهارا لانحطاط رتبته وقدر
النقصان بعشرة لانها ادنى مال له خطر في الشرع ولهذا
قدر نصاب السرقة بها وفي الامة لا يزاد على خمسة الاف الا
عشرة وفي يد العبد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من

العبد بعضه فيعتبر بجملته ولا يعتبر بقيمة الامة
لانها ليست بعض بدل الجملة بل هي كلها والواجب فيها
ليس نصف دية الذكر بل كل دية نفسها واذا جنى
العبد خير المولى بين الدفع والفداء وقال الشافعي يباع
فيها لان حكم الجناية على الجاني اذا لم يكن له عاقلة ولا
عاقلة للعبد فيجب عليه حكم جنايته ويستوفى من ماليته
كضمان سائر المتلفات ولنا ان الواجب بالجناية ضمان الصلة
يجب دفعا للوحشة عن اولياء القتيل وصيانة للدم عن
الهدر ولهذا وجب على العاقلة والعبد ليس باهل لوجوب
الصلة عليه وتعذر اهدار دمه فجعلنا نفسه جزاء جنايته
صونا للدم عن الهدر وانه كان حكما مشروعا في شريعة من
قبلنا فانتسخ في حق الاحرار دون العبيد وفيما قاله الخصم
تصيير ذا الجناية جناية ومذهبنا منقول عن علي وابن
عباس والكفارة تجب بقتل العبد خطا كما في الحر لقوله
تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة والعبد
مؤمن قتيلا فله النص ودية الخطا وشبه العمد والعبد
الذي فيه شبهة بالدية الاب اذا قتل ابنه تجب في ثلث سنين
وقال الشافعي في العمد تجب حالة لان الوجوب على العاقلة
تخفيف والعمد لا يلائمه ولنا وجوب المال عن القتل ما عرف
الا بالشرع والشرع ورد به موجلا على العاقلة والحلول
يجري مجرى زيادة القدر فلا يمكن اثباته بالراي بخلاف
الوجوب في مال الجاني لانه تغليظ من غير ظهور زيادة
على تقدير الشرع في حق المستحق لانه لا فرق في حقه بين

ان يكون الواجب على الجاني او على عاقلته ومن اقر بقتل
خطا فالدية في ماله في ثلث سنين لان العاقلة لا تعقل
ما يجب بالاقرار بالنص واذا اصالح من الجناية على مال
فهو خاص في مال الجاني لانه وجب بعقده فيجب حالا
الا اذا اشترط التاجيل وانما وجب في ماله لان العاقلة
لا تعقل الصلح بالنص وكل جزء من الدية وجب على العاقلة
او في ماله في ثلث سنين في كل سنة ثلثه نحو عشره قتلوا رجلا
رجلا خطا او شبه عمد او عمدا او احدهم ابوه فالحكم على ما
بينا لان التاجيل في الدية فيدخل في اجزائها ضرورة
ولا يغرم كل واحد من العاقلة الا ثلثة دراهم او اربعة في
ثلث سنين من ذلك لما نعرفه لا يغرم اكثر من ذلك
وان قلت العاقلة ضم اليها اقرب الرجل اليه من ذلك ضم
اليهم في النسب من اهل الديوان كانوا او من غيرهم لان
الدية وجبت عليهم صلة بطريق التخفيف وانما تظهر
الخفة اذا وجبت على الوجه الذي ذكرنا فيجب في كل
سنة درهم واخذ على كل فرد او درهم وثلث لانه اقل العدد
وكل جناية فيما دون النفس اذا بلغ نصف عشر الدية
فهو على العاقلة في سنة وان كان عمدا لا يستطاع فيه
القصاص فهو في مال الجاني في سنة وكذلك الجناية
على المراة اذا بلغ نصف عشر ديتها فهو على العاقلة
سنة وما زاد على الثلث في سنة اخرى حتى يزيد
على الثلثين ولا يعقل مع العاقلة امراة ولا صبي ولا عبد
ولا مكاتب لان العاقلة انما تعقل باعتبار النصرة وهولاء

ليسوا من اهل النصرة ولان ايجابها بطريق الصلة وهولاء
ليسوا اهلا للصلة

باب القصاص

ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر والعبد
بالحر والحر بالعبد عندنا وعند الشافعي لا يقتل الحر بالعبد
لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فلو قتل الحر بالعبد لما
كان لهذا التخصيص فائدة ولنا ان سبب القصاص وجد
في حق من هو اهل لوجوب القصاص وهو الوجوب عليه فاذا
ثبت انه كذلك ان سبب وجوبه القتل العمد الحرام
المحض وقد وجد لانه الكلام في القتل العمد وكذا المحض
الحرمة لان محضها بناء على العصمة والعبد يساوي الحر في
العصمة لانه يساويه في سبب العصمة وهو كونه ادميا
محلا لامانات الله تعالى ولان العبد ادمي من وجه مال
من وجه فمن حيث انه ادمي فهو معصوم لنفسه ومن حيث انه
مال فهو معصوم لغيره فلا يكون معصوما في ذاته والحر
ادمي من كل وجه فلا يكون مساويا اياه في العصمة لانا
نقول العبد ادمي من كل وجه لانه انما يستحق اسم الادمي
بهذه الصورة الخاصة وانه يساوي الحر فيها الا انه اقام
به وصف المالية فاثر ذلك في بعض الاحكام وانه
لا يخل بوصف الادمية كالصبي والمجنون لكن هذا
السبب انما ينعقد علة للوجوب اذا وجد شرطه وهي المماثلة
في الحيوة في الانفس وكون وجوبه مقيدا وكون القاتل
اهلا للوجوب وهذه الشروط متحققة فيمن ذكرنا باسرهم
ويقتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية والحربي

عليه احكام الاسلام وقال الشافعي لا يقتل به لقوله عليه
السلام لا يقتل مسلم بكافر ولنا ان سبب الوجوب هو القتل
العمد الحرام المحض وقد وجد لان محض الحرمة بناء على العصمة
والذمي يساوي المسلم في العصمة لكونه مسلما وبما في سببها
وهو كونه ادميا خصها لا امانات الله تعالى الا ان العصمة
تسقط بالحراب موقتا الى وجود احدى الغايتين اما
الاسلام لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون او عقد الذمة
لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد والغاية قد وجدت
في حق الذمي بخلاف المستامن حيث لا يقتل المسلم به لان
احدى الغايتين لم توجد في حقه وشرط الوجوب قد وجد
وهي المماثلة في الحيوة وتحقق الفايدة في الوجوب وقوله
لا يقتل مسلم بكافر المراد به الحربي ولا يقتل والد بولده
ولا جد من قبل الرجال او النسا وان علا بالولد والولد وان
سفل ولا والدة بولدها ولا جدة من قبل الاب او الام وان
علت لان سبب الوجوب وان وجد لكن شرطه لم يوجد
وهو المحلية لان الاب ليس بمحل لحل القتل في حق الولد لقوله
عليه السلام لا يقاد والد بولده ولا يقتل المولى بعبده كل
له او بعضه لان شرط الوجوب لم يوجد لانه لو وجد
لوجب له عليه فلا يكون في وجوبه فايدة ويقتل سليم الجوارح
بناقص الاطراف والبالغ العاقل بالصبي والمجنون لان
سبب وجوبه قد وجد وكذا شرطه وهي المماثلة في
الحيوة دون هذه الصفات ويقتل الجماعة بالواحد فان
سبعه قتلوا واحدا بصنعا فقتلهم به عمر رضي الله عنه

١٢٢

وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لاقتلتهم به وفي رواية لقتلتهم
به ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ولان شرط سببه القتل
العمد الحرام المحض وشرطه المماثلة في الحيوة وبين الواحد و
الجماعة مماثلة في الحيوة على ما بينتم ويقتل الواحد بالجماعة
قصاصا ولا يجب مع القود شي من المال وقال الشافعي يقتل
للاول منهم وللباقين المال وان قتلهم معا قتل لهم وقسم باقي
الديات بينهم لان شرط وجوب القصاص المماثلة ولم توجد
لان العشرة لا تماثل الواحد ولنا ان شرط وجوبه المماثلة
فيما يبتني عليه القصاص وهي المماثلة في الحيوة وقد وجد
لان الواحد مثل الجماعة في الحيوة لان الواحد لما قتل العشرة
فقد فوت عشر حيات فاذا قتل بهم حصل اعادة عشر حيات
معنى بانه دفع سبب الهلاك عن اوليا العشرة وهذا
صارت الجماعة مثلا للواحد فيما يبتني عليه القصاص
ولا يقال بقتل الواحد لا يحصل اعادة عشر حياة لانه لما قتل
العشرة فقد فوت عشر حياة حقيقة وحياة اوليائهم معنى
بانعقاد سبب الهلاك في حقهم وفوت عشر حياة معنى
المتعلقة بحيوة الاوليا فبقتل الواحد وان حصل اعادة حيوة
الاوليا معنى واعادة الحيوة المتعلقة بحيوة الاوليا يبقى تفويت
عشر حياة حقيقة لا تقابل بها شي لانا نقول متى حصل احيا العشرة
احيا الاوليا معنى فالاحيا معنى ملحق بالاحيا حقيقة فصارت
العشرة احيا حقيقة ولا اذا صاروا احيا حقيقة ارتفع
الهلاك وان تكرر وجوده كالقاذف اذا ضرب [illegible] جلدا
فاذا جبرت بايجاب البدل يرتفع مع الكسر بالكلية فكذا

هذا ولا قصاص بين الاحرار والعبيد والذكور والاناث
فيما دون النفس وعند الشافعي يجب في الموضع الذي يجري
القصاص في الانفس عندهما لمماثلة بين الانفس دون
الاطراف لان القصاص في الاطراف تبعا للانفس فيعتبر
شرط اصلها لا شرط نفسها وعندنا الشرط المماثلة بين الاطراف
في حق الارش ولم يوجد وليس للصبي والمجنون عمد لقوله
السلام عمد الصبي خطا وروي ان مجنونا قتل رجلا بسيف
فاوجب الدية على عاقلته ولان العمد قصد وانه لا يتحقق الا
ممن له اختيار صحيح وليس للصبي والمجنون اختيار صحيح

باب

صفة القتل الذي يجب به القصاص ه اذا وقع القتل بالمحدد
من الالة او ما يجري مجراه في تفريق الاجزا وجب به
القصاص حديدا كانت الالة او غير حديد كالليطة والمروة
والرمح الذي لا سنان فيه اذا فرق الاجزا لان كون القتل
عمدا شرط بالاجماع والعمد عبارة عن القصد والقصد امر
خفي لا يوقف عليه الا بدليل جلي ودليل القتل ما يدل على
قصد القتل به وهو المحدد وما يجري مجراه في تفريق الاجزا
عند ابي حنيفة وعند صاحبيه القتل بما يلازمه فوات
الحيوة وزهوق الروح حتى انه لو احرقه بالنار بالنار يجب القصاص
لان النار تجري مجرى المحدد في تفريق الاجزا ويلازمه
القتل فيجب القصاص به بالاجماع ولو قتله بالمثقل دفاه لا
يجب القصاص عند ابي حنيفة لانه ليس بمحدد ولا يجري
مجرى المحدد في تفريق الاجزا وعند صاحبيه يجب لانه

فوات الحياة ولو قتله بحديد لا حد له كعمود او صنجة
ميزان فقد ذكر في الاصل ان فيه القصاص وذكر الطحاوي
انه لا قصاص فيه وهو الصحيح لانه لم يعمل عمل المحدد في تفريق
الاجزا ولو القاه في الما فغرق فلا قصاص عليه عند ابي
حنيفة لانه لا يجري مجرى المحدد وعندهما يجب اذا كان
لا يتخلص منه في الغالب لانه يلازمه فوات الحيوة وعلى هذا
الخلاف اذا القاه من جبل او سطح على راسه ولو طين عليه بيتا
حتى مات جوعا او عطشا لم يضمن في قول ابي حنيفة وقالا
عليه الدية لان سبب التلف الجوع والعطش الا ان الطعام
يدفعه فاذا منعه ما يدفع به التلف عن نفسه كان متسببا
لاتلافه فيضمن كما اذا حفر البير في ملك غيره وانحات
الموجود من الحافر رفع المستمسك عن الوقوع وهي الاجسام الكثيفة
لان سبب التلف هو الوقوع وعلة الوقوع ثقله ولنا التلف
يستفاد بمعنى فيه وهو الجوع والعطش لكن الطعام يدفعه
فمنع ما يدفع به سبب التلف لا يكون سببا للقتل ه ه ه

باب

القصاص فيما وراء النفس ه القصاص فيما دون النفس مشروع
بنص الكتاب وهو قوله تعالى العين بالعين والانف بالانف
الى قوله والجروح قصاص والمماثلة معتبرة من حيث سلامة
الاجزا فلا تؤخذ العين اليمنى باليسرى وكذلك اليدان
والرجلان والاسنان لفقدان شرط الوجوب وهو المماثلة
في الاجزا السليمة والشجاج والجراح لا يقتص الا من الموضع
الذي وقع الفعل الاول فيه فان كان الشجاج في مقدم

الراس او وسطه او موخره اقتص منه في ذلك الموضع لا يتعداه
لان المماثلة المشروطة لا تتحقق الا بايقاعه في الموضع الذي
وقع الفعل الاول فيه ولو كسر بعض السن واسود الباقي
او دخله عيب يجب فيه حكومة عدل ولا قصاص فيهما لانه لا يمكن
تحقيق المماثلة بينهما في الاجزا السليمة ولا تؤخذ الجارحة
السليمة بالناقصة والمعيبة لفقد الشرط وان كان العيب
في جارحة الجاني والمجني عليه صحيح الجارحة ان شا اقتص
وان شا اخذ ارش الجارحة الصحيحة وليس له ان ياخذه
ويضمنه النقصان وقال الشافعي له ذلك لانه قدر على استيفا
بعض حقه دون البعض فيستوفي ما قدر عليه ويضمن ما لم يقدر
اعتبارا للبعض بالكل ولنا ان الاصل في الاعضا السلامة
وقد استحقه بوصف السلامة اعتبارا للاصل فاذا لم تجده
على تلك الصفة تخير كمن غصب مثليا فانقطع من ايدي
الناس فلم تجد الا الناقص ان شا استوفى الناقص ولا شي له
غيره وان شا اخذ القيمة الجيدة ولان الفايت كالوصف
لان الاصابع تبع في حق القيام لان قيامها بالكف وان كانت
اصلا في حق المقصود فاذا رضي باستيفا الناقص وصفا سقط
حقه في الوصف كمن له على اخر حنطة جيدة فلم تجد عنده
الا حنطة ردية ان شا اخذها ولا شي له غير ذلك لان الاصل
ان لا يضمن الادمي ولا اجزاوه بالمال لانه لا مماثلة بينهما لكن
الشرع ورد به عند فوات الاصل والوصف فلا يكون واردا
له عند فوات احدهما لانه ليس في معناه من كل وجه ولو ذهبت
الجارحة المعيبة فله ان يختار المجني عليه احدهما او قطعها

يختار المجني عليه احدهما او قطعها فان قطع بطل حق المجني
عليه لان موجب العمد القود عندنا عينا فتعين حقه
فيها فاذا ذهبت فات حقه ضرورة فوات محله هذا
اذا قطعت ظلما او بشي طبيعة سماوية واما اذا قطعت
بحق عليه في قصاص او سرقة فعليه ارش يد المقطوع يده لانه
قضى بها حقا مستحقا عليه فجعلت كالقايمة في حقه تقديرا
بخلاف ما اذا ذهبت بغير حق لانه ما قضى حقا مستحقا
عليه ففات محل الحق حقيقة وتقديرا فسقط حقه وقال الشافعي
يجب الارش في الموضعين لان الموجب عنده احدهما غير
عين فاذا تعذر استيفا القصاص تعين الارش لان كل
واحد منهما خلف عن الاصل عنده وعندنا موجبه القود عينا وقد
سقط لفوات محله ضرورة على ما بينا وكل عمد ابان
جارحة من مفصل وهو عمد ففيه القصاص لانه امكن
تحقيق المماثلة وان كان من غير مفصل لا قصاص لانه لا
يمكن تحقيق المماثلة وان وقعت الجناية على جز فسرت الى
الجملة نحو ان قطع اصبعا فشلت الكف فلا قصاص فيهما في قولهم
جميعا ولو قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص
في شي من ذلك في قول ابي حنيفة وعليه دية الاصبعين وقال
ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية
ارشها لانه ظهر له اثران مختلفان في محلين مختلفين فينزل
منزلة فعلين مختلفين فيترتب على كل واحد منهما حكمه
كما اذا قطع اصبعا فانسل السكين الى اصبع اخرى تجب
القصاص في الاولى والدية في الاخرى كذلك ها هنا بخلاف

ما اذا قطع الاصبع فشلت الكف لان الجناية متحدة لاتحاد
محلها وهي مبينة للبعض مشلة للبعض فتعذر وجوب القصاص
لفقدان شرط وجوبه وهي المماثلة ولنا ان هذه جناية متحدة
مبينة ومشلة فصار كما لو قطع الاصبع فشلت الكف لان
الشلل فيها اثر القطع بخلاف ما اذا انسل السكين فاصاب
الثانية فشلت لان الشلل اثر الفعل المبتدا وهو اصابة
السكين اياها بواسطة الانسلال فصار كما لو رمى منهما الى شخص
فاصابه ونفذ السهم الى آخر فقتله ففي الاول القود وفي الثاني
الدية كذا هذا وذكر في الجامع الصغير فيمن شج انسانا
موضحة فذهب بها بصره انه لا قصاص في الموضحة في قول
ابي حنيفة وفيهما الارش وقال ابو يوسف ومحمد في الموضحة
القصاص وفي البصر الدية وروى ابن سماعة عن محمد انه
يجب فيهما القصاص لان ذهاب البصر بسراية الشجة والحاصل
بالسراية كالحاصل بالشجة فاشبه الضربة بالحديدة اذا آلت
الى النفس يجب القصاص بهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة
فذهبت عيناه ولسانه وسمعه فعليه في الموضحة والعينين
القصاص ولا قصاص في السمع واللسان هكذا قال محمد لان
الكل بسراية الشجة لكن شرط وجوب القصاص في السمع فقد
واللسان لم يتحقق في الموضحة والعينين ولنا ان الفعل مباشرة
في الموضحة تسبيب في البصر بدلالة ان الفعل يقع شجة والاصل
في السراية ان لا تبقى الاصل وتصير شيئا آخر كما لو قطع الطرف
وسرى الى النفس يصير قتلا ولا يبقى قطعا ولو آلت الضربة الى
النفس وكانت بحديدة ففيه القصاص في قولهم لما بينا ولو قطع

مفصلا فشلت بقية الاصبع فلا قصاص لان الجناية
متحدة لاتحاد محلها وانها مبينة ومشلة ولا يمكن تحقيق
المماثلة المشروطة فيها لوجوبه فلا يجب ولو قال انا اقطع
المفصل واترك ما يبس فليس له ذلك وكذلك السن اذا
كسر بعضه واسود الباقي لان الفعل في نفسه لم يقع
موجبا للقصاص اصلا لفقد شرطه فلا يتمكن من استيفائه
في الناقص ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص في المشهور
من الرواية لانه لا يمكن تحقيق المماثلة بينهما فعلى رواية ابن
سماعة يجب ولو ضربه بعضا فاوضحه ثم ضربه اخرى
الى جنبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة فيها موضحتان ويقتص
منه على قول محمد وعلى الرواية المشهورة لا قصاص لانه لا
يمكن تحقيق المماثلة ولو قطع اصبعا عمدا فسقطت الكف
من المفصل فعند ابي حنيفة لا قصاص وقال ابو يوسف يقتص
منه وليس هذا كما اذا قطع اصبعا فسقطت اخرى الى جنبها
لان الجناية قد تعددت لتعدد المحل بخلاف الاصبع مع
الكف لان الجناية لم تتعدد لاتحاد المحل لان الكف تبع للاصبع
فينزل الكف من الاصبع منزلة البدن من النفس ولو ضرب سن
انسان فيكسر بعضها وتحرك الباقي فان اباحنيفة قال يؤجل
حولا فان سقطت او اسودت ففيها الارش وقال ابو يوسف
اذا سقطت ففيها القصاص وان اسودت ففيها الارش و
هذه المسألة نظير ما اذا قطع الاصبع فسقط الكف فلا قصاص
عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وعن ابي يوسف لا قصاص
في بعض اللسان حتى يقطع كله لانه لا يمكن تحقيق المماثلة

في قطع الكل دون البعض وذكر في الحيل ان اللسان لا يقتص
منه لان المقطوع منه يتفاوت بتفاوت المد فانه ينبسط وينقبض
فلا يمكن تحقيق المماثلة في قطعه وفي قطع المارن القصاص
لانه امكن تحقيق المماثلة المشروطة فيه بان يضع السكين
على ما لان منه بخلاف قطع نصف قصبة الانف حيث لم يكن
فيه قصاص لانه لا يمكن تحقيق المماثلة فيه لان فيها عظم
ولو قطع الحشفة ففيها القصاص لانه امكن تحقيق المماثلة
فيها لان لها حد يوقف عليه ولو قطع بعضها او بعض الذكر
فلا قصاص لانه ليس للبعض حد يوقف عليه وان قطع الذكر
من اصله فالكلام في اللسان وكذلك الشفة اذا استقصاها
بالقطع يجب القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص واما الاذن
فان قطعت كلها ففيها القصاص وان قطع بعضها وله حد
يعرف وجب القصاص والا فلا ولا قصاص في العين اذا قورت
او انخسفت لانه لا يمكن تحقيق المماثلة المشروطة وانما يجب اذا
كانت قائمة وذهب ضوؤها لانه امكن تحقيق المماثلة المشروطة
بان يوضع على الوجه قطن مبلول ويقرب منها المرآة المحماة
حتى يذهب نورها وهكذا قضى علي رضي الله عنه ولا قصاص في
الشعور نبتت او لم تنبت لانه لا يمكن تحقيق المماثلة فيها لانه لا
يدري اذا صنع مثل ما صنع هل ينبت الشعر ام لا ولو قطع كف
رجل من المفصل او من المرفق او من مفصل الترقوة اقتص منه
وكذلك الرجل اذا قطع من مفصل الركبة او الورك لانه امكن
تحقيق المماثلة المشروطة ولو قطع بضعة من لحم فخذ او موضع من
بدنه او جلدة منه لم يكن فيه قصاص وليس في اللطمة والوكزة

والوجاة والدقة قصاص لانه لا يمكن تحقيق المماثلة
المشروطة في هذه الاشيا ولو قطع اصبعا من مفصلها ثم قطع
بعد ذلك مفصلا اخر منها فعليه القصاص في الاول دون
الثاني لانه حين قطع الاول كان الاصبع سليما وحين
قطع الثاني لم يكن الاصبع سليما لان المفصل الاول كان
مستحقا بالقطع الاول وكذا اذا قطع اصبعا ثم الكف
وجب القصاص في الاصبع دون الكف لما ذكرنا
وذكر في الزيادات قول ابي يوسف ومحمد اذا كان قطع
الثانية بعد برء الاول فهما جنايتان متفرقتان وان كان
قبل البرء فهي جناية واحدة لان الجنايات اذا لم يتخللها برء
تأخذ حكم جناية واحدة بخلاف ما اذا تخللها برء لان
بتخلل البرء ينقطع اضافة السراية الى الاول ولو تعمد ضرب
موضع من جسده فاخطا واصاب موضعا اخر فمات فعليه
القصاص لان البدن كله محل واحد في حق القتل على
معنى ان الجرح الصالح في اي موضع كان منه افضى الى
زهوق الروح ه

باب

في الجوارح الناقصة ه قال ابو حنيفة ما يجب فيه الارش
وان كان ضعيفا بعد ان لا يكون يابسا ففيه القصاص
اذا كان عمدا لان الشرط المماثلة في اصل السلامة
دون وصفها وقد وجدت ولو قطع المفصل الثاني من
اصبع فعليه ثلث الدية لان اصبع القاطع تامة فلا يمكن
تحقيق المماثلة بينهما وان كان ذلك القاطع قد قطع المفصل
الاعلى من ذلك الاصبع وجب القصاص لان المفصل الاعلى يجب

من القاطع كان مستحقا له فامكن المماثلة المشروط وكل
شي منها ليس فيه ارش معلوم ففيه حكومة عدل وان قطع
ساعدا من المرفق وقاطع اليد لا كف له فلا قصاص عليه
في الساعد وقال ابو يوسف اذا كانا سوا اقتص منه لانهما
اذا استويا امكن تحقيق المماثلة المشروطة بينهما ولنا
ان شرط المماثلة في الارش في جريان القصاص في الاطراف
ولم يوجد لان الساعد الذي لا كف له ليس له ارش مقدر
على هذا الخلاف اذا قطع كف رجل وفيها اصبع زايدة و
في يد القاطع اصبع زايدة مثلها ولو قطع اصبعا زايدة وفي
يده مثلها فلا قصاص بالاجماع لان الاصبع الزايدة تجري مجرى
الثالول والسلعة وقال ابو حنيفة في الاقطعين والاشلين
لا قصاص وهو قول ابي يوسف في رواية الحسن عنه
وكذلك مقطوع الابهام والاصابع كلها اذا قطع يدا مثل
يده فلا قصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان بين الشللين
تفاوتا يوجب تفاوت الارش فيفوت المماثلة المشروطة
ولو قطع اشل صحيحا فالمجني عليه بالخيار ان شا قطع اليد
الشلا وان شا اخذ ارشها كاملا لانه قدر على حقه مع
النقصان فيتخير لما بينا ولو كانت يد القاطع سليمة ثم
شلت فلا حق للمقطوع في الارش لان حقه ثبت في
اليد عندنا لانه حين قطع كانت يده صحيحة ولو سقط بافة
سماوية سقط كل حقه في القصاص كذا اذا انتقص

باب جناية الرجل على الرجلين فيما دون النفس اذا قطع

يمنى رجلين فلهما ان يقطعا يمينه ولهما اخذ الدية بينهما
وقال الشافعي ان قطعهما على التعاقب قطع للاول ويغرم
للثاني الدية لانه لما قطع يد الاول كانت يد القاطع
مستحقة له فلا يكون مستحقة للثاني وان قطعهما معا يتعين
المستحق بالقرعة ولنا ان الثابت للاول حق القطع وانه
لا يمنع انعقاد الثاني سببا للقطع فاذا قطعا اخذ الدية
بينهما لان المحل متجزي فلم يكن كل واحد منهما مستوفيا حقه
في القطع بخلاف القتل فانه لو قتل رجلين وسلم نفسه اليهما
فقتلاه صار كل واحد منهما مستوفيا حقه لان المحل في حق
القتل لا يتجزي ولا يكون له غيره بخلاف اليد فانها متجزية
فصار كل واحد منهما مستوفيا لبعض حقه ولو قطع يمنى
رجلين فحضر احدهما وغاب الاخر فللحاضر ان يستوفي وللاخر
ديته لان حق الحاضر ثابت في كل اليد فلا يمنع من استيفايه
لحق الغايب وكذلك اذا عدى احدهما على القاطع فقطع يده
ولو عفى احدهما بطل حقه وللاخر القصاص لانه اوفى به حقا
مستحقا عليه فصار كالقايم في حقه وقد نفذ القود
بمعنى في الجاني مع سلامة المحل لم يجب الارش بخلاف ما
اذا عفى احدهما حيث للاخر القصاص لان بالعفو سقط
حقه في القطع فزالت مزاحمته فبقي حق القطع للثاني فان
قضى القاضي بالقصاص بينهما ثم عفى احدهما فللاخر ان يستوفي
القصاص استحسانا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يبطل القصاص لان بالقضا صار القطع مشتركا بينهما
فاذا عفى احدهما سقط حقه في نصيبه وتقلب حق الاخر استيفا

حصته من القطع فيسقط ضرورة وانا القضا لم يصادف
محله لان وجوب القطع في البعض لا يتصور فتعذر العمل
بحقيقة القضا فجعلناه مجازا عن الفتوى بان لهما ان
يقطعا ويأخذا دية واحدة بينهما ولو قضى القاضي بالدية فقبضاها
او اخذا ابطل رهنا ثم عفى احدهما لم يكن للاخر القصاص ولو
اخذا بالدية كفيلا ثم عفى احدهما فللاخر القصاص لان
بالقبض ملكا المقبوض ومن ضرورة الملك سقوط حقه عن
بعض القطع فلا يتمكن من استيفا البعض الاخر وكذا الرهن
لان الثابت للمرتهن يد استيفا فيلحق بحقيقته بخلاف ما
اذا اخذا به كفيلا لان الكفالة ليست بقبض وانما هي ضم
ذمة الى ذمة في حق المطالبة توثيقا ولو قطع اصبع رجل
ثم يد اخر وبدا باليد ثم قطع الاصبع فانه يبدا فيقتص منه
بالاصبع ثم يخير صاحب اليد فان شا قطع ما بقي وان شا اخذ
دية يده لانا اذا بدانا باليد يفوت حق الاخر في استيفا القطع
ومتى بدانا بالاصبع لا يفوت حق الاخر لان له ان يقطع ناقصا
فيتخير لما بينا انه وجد حقه ناقصا فان حضر صاحب اليد وغاب
صاحب الاصبع قطعت اليد للحاضر لان حق الحاضر ثابت
في الكل فلا يمنع من استيفائه لغايب قد يحضر وقد لا فاذا قدم
الغايب اخذ الارش لانه قضى به حقا مستحقا عليه فصار
كالسالم له ولو قطع مفصلا من اصبع ثم مفصلين من اصبع
رجل اخر ثم اصبعا كاملا من ثالث فانه يقطع المفصل الاعلى
لصاحب الاعلى لان البداية به اولى لما بينا ثم يخير صاحب المفصلين
ان شا استوفى الاوسط ناقصا وان شا اخذ ثلثي دية اصبع

لما بينا ثم يخير صاحب الاصبع ان شا اخذ ما بقي باصبعه وان شا
اخذ دية اصبعه ولو قطع يمين رجل ويمينه ثم يمين اخر بيساره
قطعت اليمين لصاحب اليمين واليسار لصاحب اليسار لانه
امكن تحقيق المماثلة المشروطة في حقهما ولو قطع كف رجل ثم
يد اخر من زنده فانه يقطع الكف لصاحب الكف لان البداية بها
اولى ويخير الاخر على ما بينا ولو شج رجلا موضحة وراس
المشجوج اصغر من راس الشاج فاخذت الشجة ما بين قرني
المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج فان المشجوج بالخيار
ان شا اقتص فيبدا من اي الجانبين شا حتى يبلغ مقدارها
في طولها وان شا اخذ الارش لان القصاص في الشجة
للشين والشين اللاحق بالشجة الاخذة بين القرنين فوق
الشين اللاحق بالشجة الاخذة دون ذلك فيتخير لما بينا
انه ظفر بحقه ناقصا وان كان راس الشاج اصغر فاخذت
الشجة ما بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج
وتفضل يخير المشجوج ايضا ان شا اقتص ما بين قرني الشاج
ولا يزيد على ذلك وان شا اخذ الارش لما بينا وان كانت
الشجة في طول الراس والكلام في الطول كالكلام في العرض
وكل جناية فيما دون النفس لا اذا جنى رجلان على رجل كقطع
اليد وما اشبه ذلك فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان
وكذا ما زاد على ذلك من العدد قال الشافعي يجب القصاص
عليهم وان كثروا الا انا اجمعنا ان الجماعة يقتلون بالواحد فكذا
الايدي تقطع باليد لان المعنى يجمعهما وهو ان الابتلا بالاجتماع
يكثر وجوده فلو لم يجب القصاص ادى ذلك الى فتح باب

العدوان وسد باب القصاص وانه لا يجوز وكذا القطع بالاجتماع
يمكن وجوده فلو لم يجب به القود ادى الى فتح باب العدوان
وسد باب القصاص ولنا ان شرط وجوب القود المماثلة ولم توجد
لان قطع الايدي لا يماثل قطع اليد الواحدة لان كل واحد
قطع بعض اليد فلا يجازى بقطع الكل لانه لا مماثلة بخلاف
القتل فانه غير متجزي فصار كل واحد كالمنفرد بالقتل
ضرورة عدم التجزي بخلاف القطع فانه متجزي لتجزي
محله وهي اليد والقطع بطريق الاجتماع لا يمكن وجوده
لان القطع الموجب للقود القطع من المفصل وانه لا يقع
الا ممن له علم به بعد سابقة نظر دقيق وفكر عميق بخلاف
القتل والله اعلم ه

باب

من يستحق القصاص ه القصاص يستحقه من يستحق المال
على فرايض الله تعالى ويدخل في ذلك الزوجان وكذلك
الدية لانهما وجبا بدلا عن النفس والوارث يقوم مقام
المورث في استحقاق ماله وفي هذا ضرب من المجاز لان الدية
تجب حقا للميت بدليل انه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه
ثم يثبت للورثة بطريق الخلافة بخلاف القصاص فانه يجب
للورثة ابتداء عند ابي حنيفة ولهذا اذا اثبته واحد من الورثة
بالبينة لا يكون اثباتا في حق الباقين ويتعين لبقيته ثبوته لهم ابتدا
مع وجود السبب في حق غيرهم من بعد ان شاء الله ويرث الزوجان
من الدية خلافا لمالك وكان عمر الفاروق يقول به حتى شهد
عنده الضحاك بن سفين الكلابي انه ورد عليه كتاب رسول الله
ان يورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها فرجع عنه

ذلك وللبعض ان يقتص دون البعض حتى يجتمعوا فيه
اذا كانوا كبارا لجواز ان الغايب منهم قد عفى فيتمكن استيفا
القود مع الشبهة وانه لا يجوز ولهذا لا يجوز للوكيل ان يوكل
استيفا القصاص لجواز ان الموكل قد عفى ولو كان في
الورثة صغار وكبار فليس للكبار الاستيفا قبل بلوغ الصغار
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ليس
للكبار ان يستوفوا حتى يبلغ الصغار وذكر ابو بكر الرازي
قول محمد مع قول ابي حنيفة لهم ان القصاص حق ثبت للميت
ابتدا والورثة يقومون مقامه بطريق الخلافة ثم وان
كثروا الواحد في الخلافة فلا ينفرد بعضهم بالاستيفا لانه
لم يقم مقامه وحده وانما قام مع غيره ولهذا لا ينفرد بعض الوكلا
ولهذا لا حاجة الى القول بالتجزي وان مست الحاجة
فنقول يتجزى وجوبا لا استيفا لان الوجوب حكم شرعي فيقبل
الثبوت متجزيا ولهذا اذا عفى احدهم ينقلب نصيب الاخر
مالا فلو لم يكن متجزيا وجوبا لسقط الكل ولنا ان ملك القصاص
لا يتجزى لان القصاص ضمان القتل وانه لا يتجزى ويجزي
ملكه وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم على الكمال
وهي البنوة وامكن القول بثبوته لكل واحد منهم على الكمال
فان من قتل رجلين وليهما وليان يثبت لكل واحد منهما القود
على الكمال حتى اذا عفى احدهما فللاخر ان يستوفي فوجب ان
يثبت لكل واحد منهما كاملا قولهم يتجزى وجوبا قلنا نعم
لكن فيما يرجع الى العفو لانه حكم شرعي لا فيما يرجع الى الاستيفا
لان محله وهو الروح لا يتجزى ولا [illegible] في الدم

بطل

يبطل القصاص عنده لان عمر رضي الله عنه استشار ابن مسعود
في هذا فقال اراه قد احيا بعضه فليس للاخر ان يميته فاخذ
بقوله وعمل به من غير نكير من الصحابة فكان اجماعا وكان
عليه حق من لم يعفوا من الورثة في ماله خاصة لانه عمد فلا
يعقله العاقلة ولو كان القصاص بين رجلين فعفى احدهما
فللاخر نصف الدية في مال القاتل في ثلث سنين وقال زفر
في سنتين لان الواجب نصف الدية فيجب في سنتين كارش
اليد الواحدة ولنا ان الواجب كل الدية يجب في ثلث سنين فكذا
نصفه بخلاف ارش اليد فانه بدل كل اليد الا انه قدر
ببدل البعض بخلاف ما نحن فيه فانه بدل النصف فيعتبر ببدل
كله ولو عفى احدهما عن القصاص فقتله الاخر قبل العلم
به او بعده فلا قود عليه وقال زفر يجب عليه القود لان بالعفو
سقط حقه في القصاص فصادف قتله نفسا معصومة في
حقه وهو ظالم فيجب القود لقوله ومن قتل مظلوما وجهله
بالسقوط لا يؤثر في سقوط القصاص بعد تحقق سببه كما لو قتل
رجلا يظن انه قاتل ابيه ولنا وجود سبب وجوب القصاص
في حق كل واحد منهما على الكمال وانه حق لا يتجزى فيقتضي ان لا يسقط حق
حق احدهما في القصاص بعفو الاخر كما اذا قتل رجلين لكن
ترجح عليه دليل اخر وهو ما ذكره ابن مسعود وعمل به عمر
لكن المرجوح يتمحض سببا لافادة الشبهة فيتمكن في القتل
الشبهة فلا يجب به القود واذا قتل عبد عمدا فالقصاص
على القاتل لسيده لانه اقرب الناس اليه باعتبار الملك فاشبه
الوارث وعند له وليان والثلثة اذا عفى احدهم فهو كالواحد

من الورثة اذا عفى ولو صالح احد الورثة او المولى القاتل من حقه
على مال جاز الصلح وكان له على القاتل ما شرط في عقد الصلح
في ماله وعليه لمن لم يصالح حصته من الدية او القيمة ولو قتل
رجلان رجلا عمدا فعفى الولي عن احدهما فله ان يقتل الاخر
وكذلك لو قتل رجل رجلين فعفى احد وليي المقتولين فللولي
الاخر ان يقتله لانه لا يتعلق لاحدهما بالاخر فسقوط احدهما
لا يؤثر في سقوط الاخر لان الواجب لكل واحد منهما قتل كامل
واحدهما لا يتعلق بالاخر فلا يسقط بسقوطه وان كان في ورثة
المقتول ولد القاتل او ولد ولده بطل القصاص وكان عليه الدية
اجماعهم لان الولد لا يتمكن من القود فيسقط في نصيبه فيسقط
في الباقين فانقلب نصيبهم مالا كما لو عفى احدهم لكن ههنا لما لم
يعف الولد لا يسقط حصته والمدبر وام الولد والولد بمنزلة
العبد في القصاص لانهم بمنزلة الارقاء لان الملك ثابت فيهم
ولو قتل المكاتب ولم يترك وفاء فللمولى القصاص لانه مات
رقيقا فاشبه القن اذا قتل عمدا وذكر في المنتقى عن ابي حنيفة
في معتق البعض اذا مات عاجزا انه لا قصاص لان بموته عا
جزا لا ينفسخ العتق في البعض فلا يثبت الملك للسيد وبعجز
المكاتب ينفسخ الكتابة فيموت رقيقا ولو ترك المكاتب وفاء
وورثة غير المولى فلا قصاص لان الصحابة اختلفوا فيه فبعضهم
قال يموت حرا وبعضهم قال يموت رقيقا فعلى تقدير انه يموت حرا
لا يجب القصاص للمولى فلا يجب لجهالة المستحق وان كان
وارثه المولى كان له استيفاء القصاص في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يستوفيه المولى وهو رواية عن ابي يوسف

لان المستحق وان تعين وهو السيد لكن جهة استحقاقه
مختلف فيها فعلى قول البعض الارث وعلى قول البعض الولا
واختلاف الجهة كاختلاف المستحق ولنا اذا تعين المستحق
فلا يعتبر باختلاف جهة الاستحقاق لانه في الاحوال كلها
متمكن من الاستيفا بخلاف ما اذا جهل المستحق لانه لا يتمكن
احد من الاستيفا فلا يكون في بقا الاستحقاق فايدة لان
فايدته الاستيفا وانه ممتنع وعن ابي حنيفة في عبد قتل في يد
البايع قبل القبض عمدا ان اجاز المشتري البيع فله القصاص
لان ملكه ثابت فيه عند القتل فاذا اجاز فقد انتهى
في ملكه فله ان يقتص وان رد فللبايع القصاص وقال ابو يوسف
للبايع القيمة ولا قصاص لهما لان ملك المشتري قد زال ولم
يظهر ان الملك كان للبايع عند القتل فلم ينعقد القتل موجبا
للقصاص له فثبوته من بعد لا ينفع ولنا بالنقض ارتفع البيع
من الاصل وظهر ان العبد قتل على ملك البايع ولو قتل العبد المرهون
في يد المرتهن لم يقتص احدهما ان يقتص لان المرتهن ليس بمالك
والمالك لا يد له فلو اقتص ابطل يد المرتهن فلا يملك ذلك
بغير رضاه فان اجتمعا فللراهن ان يستوفي القصاص لان
المرتهن رضي بسقوط حقه فللمالك ان يقتص كما اذا قتل عبد
مرهون لكن في هذا اشكال وهو ان الثابت للمرتهن يد
استيفا وقد تم بالهلاك فلا يسقط بالرضا قال شيخنا ابو الفضل
رحمه الله وقد وجدت في بعض الكتب انه لا قصاص وان اجتمعا
وهو الاقرب الى الفقه الذي ذكرنا وقال ابو يوسف اذا قتل
العبد الصداق في يد الزوج قبل القبض او بدل الخلع او بدل الصلح

عن دم العمد فذاك بمنزلة المبيع قبل القبض ~~المشتري قبل القبض~~
ولو قتل في يد المشتري وله خيار الرؤية او خيار شرط فالقصاص
للمشتري لان خيار المشتري وخيار الرؤية لا يمنع دخول المبيع
في ملك المشتري فكان الملك ثابتا فيه وقت القتل فانعقد موجبا
للقصاص له ولو كان الخيار للبايع ان شا اتبع القاتل فقتله
وان شا ضمن المشتري ولا قصاص له لان خيار البايع يمنع
خروج المبيع عن ملكه والملك يثبت للمشتري عند الضمان
مستندا الى وقت القبض والمستند له طرفان طرف الظهور وطرف
الاقتصار فيظهر في حق القايم دون الفايت فاورث شبهة
في سقوط ما يسقط بالشبهات وكذا المغصوب اذا قتل في يد
الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص
لان الملك يثبت له عند اداء الضمان مستندا الى حين الغصب
ولو كان العبد موصى برقبته لرجل وبخدمته لاخر فقتل عمدا
لم ينفرد احدهما بالقصاص لان لاحدهما ملك الذات وللاخر ملك
الاستخدام واذا اجتمعا بطل حق الموصى له بالخدمة لانه رضي
بسقوطه فيستوفيه الاخر لانه المالك والعفو عن القاتل افضل
لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا يجب القصاص ولا الارش
في جراحة حتى تبرا لقوله عليه السلام يستانى في الجراح الى ان
تبرا ولو ضرب سن انسان فتحركت فاجله القاضي سنة ثم جاء في السنة
وقد سقطت سنه فقال المضروب سقطت من ضربك وقال
الضارب لا بل من ضرب رجل اخر فالقول قول المضروب لان الاجل
انما ضربه الا ليظهر اثر فعله فيه فاذا لم يقبل قول المضروب في المدة
لم يكن لضربها فايدة لان فايدته ان يظهر اثر فعله فيها والمضروب

عليه خلاف ما اذا جاء بعد السنة حيث يكون القول قول الضارب
لان الاجل انما يثبت ثم انقضى فصار المضروب مدعيا الضمان
على الضارب والضارب ينكر فكان القول قوله ❁ فصل
في دم عمد بين اثنين شهد احدهما على صاحبه انه عفا فان صدقه
القاتل والمشهود عليه سقط حق المشهود عليه وانقلب
نصيب الشاهد مالا لان حقهم لا يعدوهم ومتى تصادقوا
ثبت ان المشهود عليه قد عفا فصار كما لو علما معاينة ولو
كذباه بطل نصيب الشاهد وانقلب نصيب المشهود عليه
مالا لان الشاهد يدعي سقوط حق المشهود عليه في القصاص
وانقلاب نصيبه مالا فيقبل قوله في حقه دون حق شريكه
عند تكذيبه ولو صدق القاتل الشاهد وجب عليه دية
كاملة بينهما لان تصديقه يقبل في حق الشاهد دون المنكر
ولو كذبه القاتل وصدقه المشهود عليه فالقياس ان لا يلزم
القاتل شيء لان تصادقهما لا يقبل في حقه لقصوره ولا بينة عليه
في الزام المال وفي الاستحسان يجب على القاتل نصف الدية
للشاهد لان القصاص سقط بتصادقهما لانه حقهما وصار كما
لو انشأ العفو في الحال واذا سقط القصاص بعفو احدهما انقلب
نصيب الآخر مالا ضرورة فلم يكن في اعتبار قولهما في سقوط
القصاص الزام المال عليه بقولهما فان نصف الدية كان واجبا
ضرورة من مال الشاهد او لشريكه ولو شهد كل واحد منهما على
صاحبه انه عفا فان كانت احدى الشهادتين قبل الاخرى
فالكلام فيه كالكلام في المسئلة الاولى لان بشهادته يسقط القصاص
ولو كانت الشهادتان معا فان كذبهما القاتل فلا شيء لواحد منهما

لان كل واحد منهما
مدعي

يدعي المال عليه وهو ينكر وان صدق احدهما دون الآخر غرم
للذي صدقه نصف الدية لانه اقر بما ادعاه ولا شيء للآخر
لانه لم يقر بما ادعاه وان صدقهما جميعا فالقياس ان يغرم لهما
الدية لان تصديقه لكل واحد منهما تكذيب للآخر فصار مقرا
من وجه منكرا من وجه فيعتبر اقراره دون انكاره وفي
الاستحسان لا يغرم شيئا لان انكاره قارن اقراره فلم يظهر
اقراره ولو كان الدم بين ثلثة فشهد اثنان على ثالث انه
عفا فالحال ان هذين بمنزلة الشاهد الواحد لانهما شهدا بالمال
لانفسهما فلا يقبل فيستوي فيه الفرد والعدد ولو شهد شاهدان
على القاتل انه صالح على الدية وانهما كفلا بها فان لم تكن الكفالة
مشروطة في الصلح جازت شهادتهما لانهما عقدان متباينان
لا تعلق لاحدهما بالآخر بخلاف ما اذا كانت مشروطة بالصلح
حيث لم تجز شهادتهما لان تمام الصلح يتوقف على كفالتهما فيعتبران
شاهدين لعقد عقداه فلا يقبل ❁ وعفو الاب والوصي عن
دم العمد باطل لانه ابطال حق الصغير بلا بدل وانه ليس
بنظر فلا يملك ذلك وللاب ان يقتص وان يصالح في النفس
وفيما دونها لان له ولاية في ماله ونفسه وللوصي ان يقتص فيما
دون النفس وان يصالح لان ما دون النفس يسلك به مسلك
الاموال ولو كان القصاص في النفس بان قتل عبدا لليتيم
فليس للوصي ان يقتص لانه لا ولاية له على النفس ولو صالح
جاز صلحه في رواية كتاب الديات لانه نفع محض لانه تحصيل
مال في مقابلة ما ليس بمال وذكر في كتاب الصلح انه لا يجوز
لانه لا ولاية له على نفسه ❁ واذا قتل الرجل عمدا او لا ولي

له سوى السلطان فللسلطان ان يقتص لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له وان صالح على الدية جاز لما روي ان ابنه
انه بن عثمان قتل الهرمزان فقيل لعلي اوقتل عبيد الله فقال
رجل قتل ابوه امس وكيف اقتل ابنه اليوم وهذا رجل من اهل
الارض وانا وليه اعفو عنه واودي ديته ولنبين له ان
يعفو لانه نصب ناظرا والعفو ليس من النظر وقال ابو يوسف
ليس للامام ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار
الاسلام كاللقيط لانه لا يخلو عن ولي وان كان لا يدرى
وانه يمنع ولاية الاستيفاء لغيره وانما هذا يوقف عليه
ملحق بالعدم لانه لا ينفع لمن قال لامراته ان كان في حكم
الله تعالى ان تلد ابنا يقع راس الشهر فانت طالق فقدم راس
الشهر لا يقع الطلاق من حين تكلم وان احطنا علما بالشرط
لان قبل قدومه لم يمكن العلم به وقد دار السلطان ولنا
لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له واذا كان
للدم وليان احدهما غايب فادعى على الحاضر ان الغايب قد
عفا واقام البينة قبلت بينته لانه يدعي على الحاضر سقوط
حقه في القصاص بعفو الغايب وينتصب الحاضر خصما
عن الغايب ولو لم يكن له بينة لم يكن له ان يستحلف
الحاضر لان الحاضر لا ينتصب خصما عن الغايب في اليمين
لان اليمين لا تجري فيها النيابة قال ابو حنيفة رحمه الله
من له القصاص في الطرف اذا قطع وسرى الى النفس ومات
ضمن ديته وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يضمن لانه قطع
بحق فمات منه فلا يكون مضمونا كمن استوفى ارض نفسه فسرت

الى دار جاره اية انه بحق لان حقه كان في القطع ولهذا
يامره الامام به او يطلق له ذلك اذا طلب ولنا قتل نفسا
معصومة عصمة مقومة فيضمن كما اذا قطع يد غيره ظلما اية انه
فقتل العرف فان اللسان يسمون هذا الفعل قتلا والمحل معصوم   اهل
واية انها معصومة انها كانت معصومة قبل القطع ولو سقطت
انما تسقط بجنايته وجنايته توجب سقوط عصمته في حق
القطع دون القتل فبقيت معصومة في حق القتل وقتل النفس
المعصومة يوجب القصاص فان تعذر فالدية وقد تعذر وجوب
القصاص فتجب الدية قوله قطع بحق مسلم لكن حق لا يتعلق
الضمان بالقطع وانما تعلق بالقتل والقتل وقع ظلما قوله
ابيح له القطع قلنا مقيدا بشرط السلامة ولم توجد السلامة
كالسير في الطريق والاصطياد بخلاف الامام اذا قطع يد
السارق فسرى الى النفس ومات حيث لم يضمن لان القطع
واجب عليه والواجب لا يتقيد بشرط السلامة لانه لو تقيد
لامتنع عن اقامته والقصاص ليس بواجب فانه مخير فيه
والعفو مندوب اليه فيتقيد بشرط السلامة وقال ابو حنيفة
فيمن له قصاص في نفس على رجل فقطع يده ثم عفا عنه ضمن
دية اليد اذا برا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا
ضمان عليه لانه استوفى حقه فلا يضمن كما اذا لم يبرا او سرى
ومات عفى ولنا انه قطع بغير حق والعفو ما وقع عنه ليضمن
اية انه بغير حق ان حقه كان في القتل دون القطع
والعفو وقع عن النفس لا عن القطع فاذا تحقق الموجب و
اندفع المانع يجب   قوله ملك القصاص ثبت في النفس

ملك القصاص
فيثبت في الاطراف تبعا ممنوع وبيانه وهو ان
ضروري فيتقدر بقدره والضرورة تندفع بثبوت الملك حالة
القول ولا ضرورة قبله فلا يثبت في النفس فلا يثبت في الطرف
واذا عفا المجروح ثم مات جاز عفوه استحسانا والقياس ان
لا يجوز لان القصاص يثبت حقا للورثة ابتدا لان المورث
بالموت لا يبقى اهلا لما شرع له القصاص وهو التشفي و
الانتقام ولا محتاجا اليه فوقع عفوه عن حق الورثة قبل ثبوته
فيبطل ولنا الشرع بقيه اهلا نظرا له فيما يحتاج اليه
ولهذا بقي مالكا بقدر ما يحتاج اليه من ماله من تكفينه
وتجهيزه وقضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وهو يحتاج الى العفو
ايضا لاحراز ثوابه والعفو قد وجد بعد وجود سببه وان
كان قبل ثبوته فيصح ولهذا صح عفو الوارث قبل موت
المجروح استحسانا والله اعلم

باب

جناية العبد قد ذكرنا ان موجب جنايته صيرورته
جزاءها خلافا للشافعي والمسلم برت وللمالك ان يختار الفدا
لان حقهم في الارش فاذا ادى فقد اوفاه فسلم له العبد فان
لم يختر ثم مات العبد بطل حق المجني عليه لان حقهم تعلق
برقبة العبد فسقط بفوات محله ولو مات بعدما اختار لم يبطل
لانه مات بعد تحول الحق الى ذمة المولى فلا يسقط بموته
ولو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم وقسم
بينهم بقدر اروش جناياتهم لان المستحق عوض الفايت منهم
حقوقهم فيقسم على قدر المعوض وان شاء امسكه وغرم الجنايات
وللمولى ان يختار البعض ويدفع الى بعضهم ما تعلق به حقه

حقه لان حق كل واحد ممتاز عن حق الاخر ولو قتل العبد رجلا
خطا وله وليان فاختار المولى الفدا من احدهما والدفع الى
الاخر لم يكن له ذلك لان الحق متحد ثبت للمقتول ابتداء ثم
انتقل الى الورثة بطريق الخلافة فلا يملك تفريق موجب
جناية متحدة بخلاف ما نحن فيه لان الجناية متعددة ولو
قتل انسانا وفقا عين اخر دفع العبد اثلاثا لان العين منه
نصفه فيكون النصف مع الكل اثلاثا وكذلك اذا شج انسانا
اثنا شججا مختلفة دفع اليهم وقسم بينهم بقدر اروشهم ولو قتل
العبد المغصوب في يد الغاصب او مات وقد كان جنى
قبل الغصب جنايات فالقيمة بين اصحاب الجنايات لانها
قايمة مقام العبد والعبد لو دفع لكان بينهم فكذا هذه
ولا خيار للمولى في ذلك لانه لا يفيد لان القيمة دراهم او
دنانير فلا فايدة في ان تمسك دراهم ويدفع مكانه مثلها او النقد
بخلاف العبد لان للناس فيه اغراض فيفيد التخيير ولو قتل
هذا العبد الجاني عبد الرجل اخر فان مولى العبد الثاني
يخير بين الدفع والفدا لما بينا ان موجب جناية العبد الدفع
وله ان يختار الفدا فان فداه بقيمة المقتول قسمت القيم بين اوليا
الجناية الاولى بقدر حقوقهم ولا يخير المولى لما بينا ولو
اختار دفع الى مولى العبد المقتول يخير مولى العبد الاول
في العبد الذي اخذه بين دفعه وفداه لانه قايم مقام الاول
وكذلك لو كان الثاني قطع يد الاول فدفع به خير مولى
العبد المقطوع يده بين الدفع والفدا ولو اكتسب العبد الجاني
كسبا او ولدت الجانية ولدا فاختار المولى الدفع لم يدفع

الكسب ولا الولد لان حقه وان تعلق بالجاني لكن لا يملك
الا بالدفع فيقتصر الملك عليه فلا يظهر في حق كسبه قبل ذلك
وولده بخلاف الارش لانه بدل جزء وحقه يتعلق حقه بكله
فتعلق بجزئه فيظهر في ارشه ولو اختار المولى الفدا ثم علم انه
فقير فالدية لازمة وهي دين على المولى في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح اختيار الفدا اذا كان مفلسا
الا برضا الاوليا لان موجب جنايته صيرورته جزاها وانما
للمولى التخلاص بالفدا فكان لم ينتقل الحق من عين العبد
الى الفدا فيتقيد بالسلامة ولنا ان الاصل وجوبه على العاقلة
لما مر وانما جعل جزا جنايته لتعذر وجوبه على العاقلة
لان وجوبه على العاقلة بطريق الصلة والعبد ليس من
اهل الصلة فاذا اختار الفدا ظهر محل الدية وهو ضمان الفدا
وهما نظرا الى العبد فوجدا دفعه هو الاصل والفدا كالبدل
عنه وابو حنيفة نظر الى الضمان الاصلي فجعل حال اختيار
الفدا على مثل ضمان جناية الاحرار وقال ابو يوسف ان
كان الاختيار بغير قضا صح وان كان بقضا لم يصح وقال
زفر هما سوا لان صحة اختياره لا يتوقف على القضا فاستوى
وجوده وعدمه ولنا ان الاختيار بغير قضا يشابه ما تم
بالتراضي فيلزم ولا يتقيد بالسلامة فان من اشترى دارا
بعبد فاخذها الشفيع بالشفعة بغير قضا ثم استحق العبد لم
ينتقض اخذ الشفيع كانه اشتراها منه فان اخذها بقضا ثم استحق
العبد بطل اخذه لانه اذا كان بقضا لا يشبه ما تم بالرضا لتيقنه
ان القاضي اخطا لظهور اعسار فيبطل اخذه واذا قطع عبد

يد رجل فدفعه المولى بالجناية ثم مات المقطوع يدفع على
حاله لان موجب جنايته لا يختلف بينهما اذا كانت قطعا
او قتلا او اختار الفدا ودفع ثم مات المقطوع يدفع القياس
ان يكون اختيارا للفدا ويلزمه الدية وهو قول ابي يوسف
الاخر لانه لما اختار الفدا فقد اختار موجب الجناية
والسراية اثرها فلم يتبدل الجناية بها وفي الاستحسان يخير
تخييرا مستقبلا لان السراية اثر القتل لان القطع لا يسري
وهو قد اختار الفدا عن موجب القطع لا عن موجب القتل
وان كان على العبد الجاني دين فدفعه المولى بالجناية يبيع
لاجل الغرما في ديونهم لان حق صاحب الجناية صار موجبا
بالدفع فهو في حق الغرما بالبيع فيكون في البداية بالدفع
جمعا بين الحقين ويكون فايدة دفعه ثبوت حق التخلاص
له بالفدا لان للناس في الاعيان اغراض وانما لم يبطل الدين
بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزا وقد صادفه
الجناية مشغولا لا يوجب دفعه مشغولا فان فضل شي كان
لاصحاب الجناية لانه بيع على ملكهم ولو دفعه المولى بالجناية
الى اوليائها لم يضمن شيا من الدين والقياس ان يضمن القيمة
لان الحلال لم يكن تاما قبل الدفع وانما تمت بالدفع فاشبه
دفعه بيعه ولو باعه يضمن كذا هذا ولنا ان الدفع واجب
عليه بدليل ان القاضي يجبره عليه فلا يضمن باداء عين
الواجب ولو دفع الى اصحاب الدين بدينهم كان مختارا للجناية
ولزمه ارشها ان كان عالما والقيمة ان لم يكن عالما لانه
اخل بالدفع بالدفع الواجب عليه مع العلم به فصار مختارا للفدا

لا اثر القطع

ومع الجهل به لا يصير مختارا فيضمن قيمته لانه فوت حقه ولو
باعه القاضي في الدين ببينة قامت عنده ثم حضر اصحاب الجناية
ولا فضل في الثمن فقد سقط حق ولي الجناية لانه لا عهدة
على القاضي في صنع به بمنزلة الامين ولا يجوز اقرار العبد الماذون
والمحجور عليه بالجناية ولا يتبع بعد العتق لانه اقرار على مولاه
لان موجب جناية العبد وجوب الدفع على المولى وكذلك
لو اقر بعد العتق انه كان جنى في حالة الرق لم يلزمه شي لما
بينا ولو ان عبدا اعور فقد اخذ المولى ارشه ثم جنى بجناية دفع
المولى ناقصا ثم يسلم له ما اخذ من الارش وما اخذ من الارش
بجناية عليه بعد جنايته يجب دفعه الى اوليا المقتول
لان الواجب دفعه كما صادفته الجناية وانما صادفته ناقصا
في الفصل الاول وكاملا في الفصل الثاني فيتعلق حقه
به بجميع اجزايه فظهر في بدله ولهذا يسلم الارش لاوليا الجناية
الاولى ولو قتل قتيلا خطا ثم قطعت يده ثم قتل اخر خطا
فان ارش يده تسلم لاوليا الجناية الاولى لانها صادفته كاملا
ثم يدفع العبد فيكون بين وليي الجنايتين على تسعة وثلثين
جزا ان كانت قيمة العبد الفا لان قيمته اذا كانت الفا
وقد استوفى ولي الجناية الاولى الارش خمسمائة بقي حقه
في تسعة عشر جزا الا انا نجعل كل خمسمائة سهما وحق ولي
الجناية الثانية في عشرة الف وهي عشرون سهما فيصير
مجموعهما تسعة وثلثين جزا واذا اختلف المولى وولي الجناية
فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وادعى ولي الجناية
انه كان بعدها فالقول قول المولى لان ولي الجناية يدعي

عليه ارش اليد وهو ينكر ولو شج انسانا موضحة وقيمته
الف ثم قتل اخر وقيمته الفان فان المولى يدفع بينهما على احد
وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولي القتيل
لان حق صاحب الموضحة في خمسمائة وحق الاخر في عشرة
الاف فيكون خمسمائة جزا واحدا من احد وعشرين جزا وكذلك
لو عمي بعد القتل قبل الشجة وما يحدث من الزيادة او النقصان
فهو على الشركة لانه حدث في محل مشترك والزيادة حدثت
في محل مشترك فيكون على الشركة ولو قتل عبد رجلا ثم
قتل امة المولى هذا العبد خير المولى بين دفعها وفدايها
بقيمة العبد لانها جنت على عبد تعلق به حق اوليا الجناية
فيخير المولى بين الدفع والفدا كما لو جنت على عبد ثم ولو
كان العبد قتل رجلا وقتلت امة مولاه رجلا ثم ان
العبد قتل الامة فان اختار المولى الفدا اداهما بالدية
وقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب فيه اوليا قتيل العبد
بالدية واوليا قتيل الامة بقيمتها لان العبد قام مقام الامة
لما قتلها لان حقهم تعلق به فيقتسمون على قدر حقوقهم ولو
جنى العبد ففداه المولى ثم جنى خير بين الدفع والفدا لان
بالفدا طهر فصارت الجناية الثانية كالاولى واذا اقر المولى
ان العبد الجاني عنده وديعة من فلان فان اقام البينة اندفعت
عنه الخصومة لان موجب جنايته الدفع على المالك وانه
اقامه مقامه في الحفظ لا في الدفع وان لم يقم البينة لم تندفع
عنه الخصومة لانه انتصب خصما بظاهر يده فلا يندفع عنه
بمجرد قوله تعالى فان اختار الفدا ثم حضر الغايب وصدقه لم

فيرجع عليه بما ادى لانه ادى بغير امره فصار متبرعا
ولو دفعه ثم حضر الغائب وصدقه يقال له ان شئت فافسخ
الدفع وان شئت فامضه لان دفعه لم يصح لانه ظهر انه
ليس بمالك فيتخير مالكه فيه ولو ان صاحب اليد اقر
بالعبد لرجل واقر عليه بالجناية فان صدقه المقر له بالملك
والجناية خير بين الدفع والفدا لانه ظهر بتصادقهما انه
مالكه فلا يكون صاحب اليد باقراره مختارا للفدا وقال
زفر يكون مختارا لان الملك كان ظاهرا له حين اقر
فاشبه اقراره نقل الملك الى غيره ولنا ان الاقرار اخبار عن
كاين سابق سبق ثبوته فلا يجعل تمليكا مبتدا ولو صدقه
المقر له في الملك وكذبه في الجناية فلا شي على واحد منهما
لان صاحب اليد لم يقر بموجب الجناية على نفسه وانما
اقر به على غيره وذلك الغير ينكره الا ان يكون صاحب
اليد يدعي ان العبد له ثم اقر به لغيره ولو كذبه المقر له في
الملك خير المقر بين الدفع والفدا لان اقراره بطل بتكذيب
المقر له فالتحق بالعدم ولو قتل العبد رجلا له وليان فدفعه الى
احدهما فقتل عنده اخر ثم حضر ويقال للمدفوع اليه ادفع نصف
العبد الى ولي المقتول الثاني او افده بنصف الدية ويرد
النصف الاخر على المولى لان الدفع صح في نصفه فملك ذلك
النصف فيخاطب بالدفع والفدا في ذلك النصف وفي النصف
الاخر لم يصح فامر برده الى المولى ثم يخير المولى بين الدفع
او الفدا فان اختار الدفع دفع الى ولي الجناية الثانية
وولي الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه شيئا نصفين فيسلم

لولي الجناية الثانية ثلاثة ارباع العبد والربع لولي الجناية
الاولى فان كان المولى دفع الى الاول بقضا فلا ضمان
عليه وانما الضمان على القابض وان كان دفع بغير قضا
فلولي الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه شيئا الخيار ان
شا اخذ ربع القيمة من الاول وان شا اخذ القابض حتى
يسلم له نصف العبد ربعه بحق الدم وربعه بدلا لانه اذا
كان بقضا كان مضطرا في الدفع وان كان بغير قضا
فهو مختار كل واحد منهما جانيا في حقه هذا بالدفع وهذا فصار صح
بالقبض فان اختار تضمين المولى رجع على القابض وان
اختار تضمين القابض لم يرجع على المولى لان حاصل الضمان
عليه وان قتل العبد قتيلين خطا ودفعه المولى الى احدهما
فقتل عنده اخر فاجتمعوا فان القابض يرد نصف العبد و
يدفع نصف العبد بالجناية لانه ملك نصف العبد دون
النصف فيخير في النصف الذي ملك ويؤمر برد النصف الذي
لم يملكه ثم يقال للمولى ادفع النصف او افد بخمسة الف لولي
الجناية الثالثة ويفدي لولي الثاني بعشرة الف لان نصف
العبد قد وصل اليه فبقي حقه في خمسة الف ولم يصل الى
ولي الجناية الثانية من حقه شي فيفديه بعشرة الف فان
دفع العبد اليهما كان نصف هذا النصف بينهما اثلاثا ثلثاه للثاني
وثلثه للثالث لان حق الثالث في خمسة الف وحق الثاني في
عشرة الف ولو قتل العبد انسانا وفقا عين اخر ودفع المولى
العبد الى المفقو عينه فقتل عنده قتيلا فانه يؤمر بدفع
الثلث الى ولي الجناية الثانية او الفدا لانه ملك الثلثين

بالدفع ويرد الثلثين على المولى لانه لم يملكهما ثم يخير المولى
فان فدا فللاول عشرة الف وللثاني ثلثا الدية وان دفع
اليهما ضرب الاول بكل الدية والثاني بثلثي الدية لان الثاني
قبض الثلث فبقي حقه في الثلثين والاول لم يقبض من حقه
شيئا فبقي حقه في كل الدية ولو قتلت امة قتيلا ثم ولدت ابنة
ثم قتلت الابنة رجلا ثم ان الابنة قتلت امها فللمولى الخيار
ان شاء دفع البنت اليهما لان البنت قامت مقامها وان كانت
قيمة الام الفا يقتسمان على احد عشر سهما لان حق ولي
قتيل الام في القيمة وهو الف وحق ولي قتيل البنت في الدية
فاجعل وهي عشرة الف كل الف سهما فيصير احد عشر سهما سهم
لولي قتيل الام والباقي لولي قتيل البنت وان اختار الفدا
فدا بالدية والقيمة بالدية لولي قتيل البنت والقيمة لولي قتيل
الام ولو ان البنت فقأت عيني الام ولم يقتلها فهذا على اربعة
اوجه اما ان يختار دفعهما او فداهما او فدا الام ودفع البنت
او فدا البنت ودفع الام فان اختار دفعهما دفع الام الى اوليا
قتيلها ودفع البنت الى اوليا قتيل البنت والى اوليا قتيل الام
نصف سهمها اوليا قتيل البنت بالدية واوليا قتيل الام بنصف
قيمة الام لانها فقأت عينيها وهي النصف منها وان اختار
فداهما فانه يفدي لكل فريق بتمام الدية لان حق كل واحد في
الدية وسقطت جناية البنت على الام لانه ملكهما بالفدا
وخلصهما لنفسه فظهر ان ملكه جنى على ملكه فهدر وان اختار
دفع الام وفدا البنت دفع الام الى اوليا قتيل الام ويفدي كـ
لاوليا قتيل البنت بالدية ولاوليا قتيل الام بنصف قيمة الام

وان اختار دفع البنت وفدا الام دفع البنت الى اوليا قتيل
البنت ويفدي لاوليا قتيل الام ولو جنت الامة جناية
ثم ولدت ولدا او قطع ولدها يدها دفع الولد مع الام لان الولد
في هذا الحكم كعبد اجنبي ۞ باب
العبد يجني فيحدث المولى فيه ما يكون اختيارا ۞ اذا
اخرج المولى العبد الجاني من ملكه ببيع او اعتقه او دبره
او استولد الامة الجانية وهو يعلم بالجناية فهو مختار لانه
فوت الدفع الواجب مع العلم به فيكون مختارا ولو اقر بالعبد
لغيره فقد ذكر في الاصل انه لا يكون مختارا وذكر ابو
الحسن انه يصير مختارا لان الملك كان ثابتا له ظاهرا
فباقراره ازاله فصار كالبايع ولنا ان الاقرار اخبار
عن كائن سبق ثبوته فلا يمكن جعله تمليكا مبتدا ولم يكن
مفوتا بالدفع لانه اظهر ان الدفع كان واجبا على المقر له لا
عليه وان لم يكن عالما بالجناية ضمن القيمة ولم يكن مختارا
لان الاختيار مع الجهل لا يتصور لكن تعذر الدفع بفعله
فيضمن قيمته وكذلك اذا كانت الجناية فيما دون النفس
فان كان يعلم بها فقد صار مختارا للارش وان لم يكن عالما
فعليه الاقل من ارش الجناية ومن قيمته لان الواجب
عليه القيمة لانها قائمة مقامه لكن كان له ان يخلصه
بالارش حال حياته فكذا بعد وفاته فان وهب العبد
المجني عليه فلا شيء على المولى فان باعه منه كان مختارا
لان الهبة تبرع فلا يستحق على المتبرع بتبرعه ما لم يتبرع
به بخلاف البيع فانه معاوضة فصار ممسكا للعبد

بامساك عوضه ولان المجني عليه استحقه بجنايته و
بالفدية وصل اليه عين ما استحقه فلا يبطل فيقع عن الجهة
المستحقة بخلاف البيع ولو امر المولى المجني عليه باعتاقه
فاعتقه صار المولى مختارا ان كان عالما بالجناية
لان فعل المامور يضاف الى الآمر فيصير كان الآمر
اعتقه ولو ضربه ضربا نقصه وهو يعلم بالجناية فهو مختار
لانه بالتنقيص صار ممسكا جزءا منه فصار كما لو حبس
الكل وان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الارش
الا ان يرضى ولي الدم ان ياخذه ناقصا ولو ضرب المولى عينه
فابيضت وهو عالم ثم ذهب البياض قبل ان يخاصم فيه فانه
يدفع او يفديه لان الذي لاجله كنا نجعله مختارا للارش
قد زال قبل استحكامه ولو خوصم فيه حالة البياض فقضى فيه
القاضي بالدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان القضاء
ترتب على سبب متحقق ثم ظهر بزواله انه لم يكن ولو
استخدمه بعد العلم بالجناية فعطب في الخدمة فلا
ضمان عليه ولا يكون اختيارا لانها تقع في غير الملك فلا
يكون دليلا على استبقاء الملك ولهذا لا يبطل خيار الشرط
وكذلك لو كان عليه دين فاستخدمه المولى لم يضمن
للغرما ولو كانت امة فوطئها فليس باختيار وان علقت
فهو اختيار وعن ابي يوسف ان الوطء يكون اختيارا لانه
لا يقع الا في الملك فكان دليلا على استبقائها على ملكه
ولنا ان الوطء لا ينقص جزءا منها وانما يجعل تنقيصا حكما اذا
وقع في غير الملك وهنا وقع في ملكه لان الملك

للمجني عليه يقتصر على الدفع بخلاف ما اذا كانت بكرا لان
الوطء ينقصها ولو اجر او رهن لم يكن مختارا ولم ينقض الاجارة
لان الاجارة تفسخ بعذر والرهن ينفك وذكر في بعض
نسخ الاصل انه يكون مختارا في الرهن والاجارة لان
الثابت للمرتهن على المحل يد استيفاء فصار كما لو باع ولو اذن
له في التجارة فركبه دين لم يصر مختارا لان الاذن لم يفوت
الدفع ولكن لحقه نقص بسببه لكنه حكما ولو كاتبه وهو
يعلم فان خوصم فقضى القاضي بالدية ثم عجز لم ينقض القضاء
وان لم يخاصم فيه حتى عجز كان له ان يدفع لان الوجوب
انما يتحكم بالقضاء بخلاف ما لم يتصل به القضاء لان العارض
ارتفع قبل استحكامه وعن ابي يوسف انه يصير مختارا
بالكتابة لانه تعذر الدفع بزوال يده وانها لا تعود الا بسبب
جديد ولو كاتبه كتابة فاسدة فهو مختار وكذا
لو باعه بيعا فاسدا وسلم لان الكتابة الفاسدة لا تتوقف
على القبض بخلاف البيع الفاسد ولو باع بيعا باتا وهو غير
عالم به ولم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضاء او بخيار
رؤية او بخيار شرط يقال له ادفعه او افده لان العقد انفسخ
وعاد اليه قديم ملكه فان باع واشترط الخيار للمشتري صار
مختارا لان عند ابي يوسف ومحمد خيار المشتري لا
يمنع دخول المبيع في ملكه وعند ابي حنيفة وان كان
يمنع الدخول لكن لا يمنع الزوال وكونه مختارا يتعلق
بازالة ملكه بخلاف خيار البائع فانه يمنع خروج المبيع
عن ملك بائعه فلم يكن مختارا وذكر في الاصل ان

التزويج لا يكون اختيارا لانه نقصان ثبت حكما فاشبه
الاقرار بالدين وقال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله
صار مختارا وقال زفر لا يصير مختارا لان العتق حين
تعلق كان معدوما وحين نزل لم يوجد منه ما
يصير به مختارا قلنا عند الشرط يصير معتقا بالكلام
السابق ولانه بالتعليق حرضه على القتل فصار كانه قتل

باب جناية المدبر وام

اذا جنى المدبر جناية خطا في النفس
او فيما دونها فذلك على المولى يلزمه الاقل من قيمته
ومن ارش جنايته في ماله حالا لان ابا عبيدة بن الجراح
كان اميرا بالشام فقضى بجناية المدبر على مولاه بمحضر
من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا ولانه تعذر
دفعه من جهة المولى فيلزمه الاقل لان موجبها الدفع
او القيمة عند المنع لكن له التخلص حال حيوته بالارش
فكذا بعد وفاته ولا يلزمه في جناياته اكثر من قيمة
واحدة لان القيمة قائمة مقامه وحال حيوته لا يلزمه
الا دفعه وان كثرت جناياته فكذا بعد موته لان
قيمته كعينه وليستو ويشتركون فيها سوا قبضت من المولى
او لم تقبض لانها قائمة مقام عينه فيشتركون فيها كما
يشتركون في عينه اذا دفع فيعتبر قيمة المدبر لكل واحد
منهم الجناية عليه ولا يعتبر يوم التدبير لان موجب الجناية
لا يستحقها لكن المنع ثبت عند الجناية بالتدبير فصار كان
التدبير وجد في الحال فيعتبر قيمته يومئذ فان قتل انسانا

خطا وقيمته الف ثم ازدادت فصارت الفا وخمسمائة
ثم قتل آخر فهذه الزيادة لا حق لولي الجناية الاولى فيها
لما بينا ان المعتبر قيمته يوم الجناية عليه وهي للثاني ثم
يتضاربان في الالف على تسع وثلثين سهما لان ولي الجناية
الثانية سلمت له خمسمائة وهو سهم واحد بقي حقه في تسعة
عشر وحق الاخر في عشرين وان مات المدبر بعد جنايته
بلا فصل لم يبطل عن المولى القيمة لان موجب جنايته
عليه فلا يبطل بهلاكه بعده وكذلك لو عمي فعليه قيمته
تامة ولو جنى فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر فان كان دفع
بقضا فان الثاني يتبع الاول وان كان بغير قضا فالثاني
بالخيار ان شا اتبع الاول وان شا ضمن المولى ما خصه
في قول ابي حنيفة وقال صاحباه لا ضمان على المولى ويتبع
الاول في الحالين لانه دفع قبل تعلق حق الثاني به فصح دفعه
فاشبه الدفع بقضا ولنا صار مانعا بتدبيره عند الجناية
والجنايات وان ترادفت في كالجناية الواقعة دفعة واحدة
في حقه فصار دافعا بعد تعلق حقوق الباقين فيضمن
بخلاف الدفع بقضا لانه مضطر فيه غير مختار فاشبه
الوصي اذا صرف التركة الى الغرما بقضا ثم ظهر غريم
آخر لا يضمن وان كان بغير قضا ضمن فكذا هذا
ولو اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا
قيمة واحدة لانه انما صار مانعا بالتدبير فلا يصير مانعا
بالاعتاق بعده فصار اعتاقه وعدمه في حق هذا الحكم
سوا ولو اقر المدبر بجناية لم يجز ولا يلزمه شي عتق او

اولا لان موجب جنايته على سيده فلا يكون مقرا على نفسه
واقراره على سيده لا يقبل الا بتصديقه وام الولد بمنزلة
المدبر في جميع ما وصفنا لانه بالاستيلاد صار مانعا كالتدبير

باب

جناية المكاتب م جناية المكاتب على نفسه دون سيده ملح
واذا حكم الحاكم بذلك صار دينا عليه وما لم يحكم فهو في رقبته
وقال زفر يجب في ذمته وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا عجز قبل
الحكم يخاطب المولى بالدفع او الفدا عندنا وعند زفر يباع
فيه لان دفعه تعذر لحقه فوجب قيمته عليه بجنايته من
غير توقف لنا لم يقع الياس عن القدرة على موجب جنايته
وهو الدفع لجواز ان يعجز فيرد الى الرق فلم يستحكم المانع
فلم يجب القيمة حتما بل توقف وجوبها على القضا فان
قضي بالقيمة بطل الحق عن الرقبة وان لم يقض بها بقي متعلقا
برقبته ولو جنى جنايات قضي عليه بقيمة واحدة عندنا وعند
زفر يجب بكل جناية قيمة لان عنده كما تجب في الذمة
فتصادف الجناية الثانية المحل فارغا وعندنا لا تجب في
الذمة ما لم يتصل بها القضا وانما تجب عليه القيمة باحدى معان
اما بحكم الحاكم لانه يستحكم او بالاصطلاح على ذلك لان
الصلح بمعنى الحكم او يموت ويترك مالا او ولدا لانه اذا ترك
مالا انحكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حيوته واذا ترك ولدا
يبقى عقد الكتابة ببقائه كما يبقى اذا ترك وفا ولو جنى جناية
فقضي بها عليه ثم جنى اخرى قضي بقيمة اخرى لان القيمة
وجبت بالقضا في ذمته فتصادف الجناية الثانية محلها

فارغا لما مر وينظر في كل جناية الى قيمته يوم جنى ولا يعتبر
زيادة القيمة بعد الجناية ولو اقر المكاتب بجناية خطا
حكم عليه باقراره لان موجب جنايته يتعلق بكسبه واقراره
بكسبه نافذ لان المولى اجنبي عنه وان لم يحكم حتى عجز بطل
اقراره لانه بالعجز بطل حقه في كسبه فيبطل اقراره ولو
حكم عليه ثم عجز بطل عنه في قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد لا يبطل لان وجوبه استحكم بعد القضا
فلا يبطل ولنا الاقرار غير مستفاد من الكتابة لانه ليس
من التجارة والمستفاد من الكتابة الاذن في التجارة وانما
حكمنا بنفاذه لكونه احق بكسبه وبعجزه بطل كونه احق
بكسبه فيبطل اقراره ولو لم يعجز لكنه ادى فعتق صار
دينا عليه لان حقه في الكتابة استحكم بعتقه وعلى هذا
الخلاف اذا جنى جناية فصالح منها صح الصلح وان عجز
بطل المال في قول ابي حنيفة خلافا لهما لما بينا واذا قتل
المكاتب قتيلا وقيمته اكثر من عشرة الاف درهم عشرة الاف
الا عشرة دراهم لان موجب جنايته صيرورته ذاهبا في
الجناية وذهابه فيها كذهابه بها ولو ذهب بالجناية
عليه لا يلزم الجاني عليه اكثر من عشرة الاف الا عشرة فكذا
هذا ولو جنى جناية ثم مات ولم يترك وفا بالكتابة فما ترك
للمولى ولا شي لصاحب الجناية اذا لم يقض بها عليه لانه
مات رقيقا فسقط حكم جنايته بخلاف ما اذا مات
وترك وفا حيث يكون اصحاب الجناية اولى بما ترك لانه
اذا ترك وفا يحكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته

ولو ترك مالا وعليه دين وجناية وكتابة فان قضي بالجناية
عليه فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية
بالقضاء صارت دينا فيساوي صاحب الدين وان لم يقض
بها عليه بدا بالدين لان الجناية لم تصر دينا في ذمته وحق صاحب
الدين دين في ذمته فكان هو اولى ثم ينظر الى ما بقي
فان كان فيه وفاء بالكتابة بدا بالجناية لانا حكمنا بحريته
في آخر جزء من اجزاء حياته وان لم يكن فيه وفاء كان الفاضل
بعد الدين للمولى لانا حكمنا بموته رقيقا واذا اختلف المكاتب
وولي الجناية في قيمته وقت جنايته فالقول قول المكاتب لان
ولي الجناية يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر

باب

جناية المدبر والمكاتب وام الولد على المولى وجناية المولى
عليهم. اذا قتل المدبر مولاه عمدا فعليه القصاص لان
المولى اجنبي عنه في الدم وقد تحقق سبب وجوب القصاص
وهو القتل العمد وشرطه وهي المماثلة في الحياة فيجب وعليه
ان يسعى في قيمته لان عتقه يثبت بطريق الوصاية ولهذا
يعتبر من الثلث والوصية للقاتل باطلة لكن شرط عتقه
الموت وقد وجد فينزل العتق ضرورة والعتق بعد وجوده
لا يحتمل الفسخ فيجب قيمته على نفسه فان شاء الورثة عجلوا القصاص
وان شاؤوا استوفوا السعاية اولا ثم قتلوه لانه ثبت لهم
حقان فيتخيرون في استيفائهما ولو كانت الجناية
على المولى خطأ في النفس او فيما دونها فهو هدر لان موجب
جناية المدبر على سيده فلو وجب لاهما لوجب له عليه

ط

وانه لا يفيد ولو جنى على عبيد المولى عمدا ففيه القصاص
لانه فيما يرجع الى القصاص كالاجانب بخلاف المال لما بينا
وكذلك جناية عبيد المولى بعضهم على بعض فان كان خطأ
فهو هدر لان موجب الخطأ المال وانه لا يفيد وجوبه لما
بينا وجناية المولى على مدبره هدر لانه لو وجب وجب له
عليه وانه غير مفيد وجناية ام الولد على مولاها عمدا او خطأ
كما وصفنا في المدبر لان المعنى يجمعهما الا انه لا سعاية عليها
لان عتقها لا يقع بطريق الوصاية ولهذا لا يعتبر من
الثلث بخلاف المدبر وجناية المكاتب على المولى و
المولى على المكاتب خطأ بمنزلة جناية الاجنبي لان موجب
الخطأ المال والمولى فيما يرجع الى اكتساب المكاتب وارش
جنايته اجنبي واما القتل العمد فلا قصاص على
المولى اذا قتله لان قيام في المكاتب اورث شبهة في
درء القصاص بخلاف المكاتب اذا قتل مولاه عمدا حيث
يجب القود لانه لا ملك له في المولى وتجب القيمة وجناية
المولى على رقيق المكاتب او ماله وجناية المكاتب
على رقيق المولى وماله يلزم كل واحد منهما ما يلزم الاجنبي
لان مالهما ابعد من انفسهما وفي انفسهما يعتبر ففي مالهما
اولى ولو قتلت ام الولد مولاها عمدا وله ابنان فعفا احدهما
سعت في نصف قيمتها للذي لم يعف لان القصاص سقط
بعفو احدهما فانقلب نصيب الآخر مالا وهي حرة حالة الانقلاب
وكانت رقيقة حالة الجناية فباعتبار ابتداء الجناية او
جبنا نصف القيمة وباعتبار حالة الانقلاب اوجبنا

ملكه صح

اوجبنا الارش
عليها ط

عليهما ولو كان احد الابنين من هذه سقط القصاص عنهما
وسعت في قيمته بينهما لان سقوط القصاص هاهنا
بالاجنبية لا بالعفو بخلاف ما اذا لم يكن ابنا لها وقال
ابو حنيفة ومحمد اذا قتل العبد مولاه عمدا وللمولى ابنان فعفى
احدهما بطل القصاص وهدرت الجناية وقال ابو يوسف
يقال للذي عفى اما ان يدفع نصف نصيبك وهو الربع
الى الذي لم يعف او يفديه بربع الدية لان بالعفو سقط
القصاص وانقلب نصيب الاخر مالا شايعا في نصيبه ونعذر
دفعه في نصيب الاخر فما اصاب نصيبه سقط لانه ملكه
وما اصاب نصيب اخيه لا يسقط فيخاطب بالدفع او الفدا
ولهما ان القصاص اولا يجب حقا للمقتول ثم يثبت للورثة
بطريق الخلافة وحال انقلابه مالا العبد مملوك للمقتول
والورثة خلفاؤه فلو وجب للمولى على عبده والمولى
لا يجب له على عبده دين بخلاف المدبر فانه عتق بموت سيده
فكان حرا حال انقلابه مالا فلم يؤد الى ما ذكر ه و و

باب

ضمان الراكب اذا سار في الطريق فما وطئت دابته رجلا
بيدها او رجلها او كدمت او صدمت فهو ضامن وكذلك
السايق والقايد والراكب والرديف سوا لان سير الدابة
مضاف الى الراكب فانه يقال فلان يسير على دابته والسير
في الطريق مقيد بالسلامة فيما يمكن الاحتراز عنه وهذه
الاشيا يمكن الاحتراز عنها بخلاف الغبار الثاير من حوافرها
والحصى الصغار المرتفع من سنابكها اذا اتلفت لا يضمن لانه

يمكن الاحتراز عنه بخلاف الحصى الكبار لان الاحتراز
عنها ممكن لانه ينشا من تعنيف صاحب الدابة ولهذا
تجب الكفارة على الراكب لانه مباشر للقتل ولا تجب على القايد
والسايق لانهما مسببان لا مباشران والتسبيب ملحق بالمباشرة
في وجوب الضمان دون الكفارة ولو نفحت الدابة برجلها
وهي تسير او بذنبها فلا ضمان على الراكب لانه لا يمكن
الاحتراز عن ذلك حالة السير وكذا ما عطب ببولها
وروثها حال سيرها وكذا على القايد والسايق ولو وقفها
صاحبها في الطريق ضمن بنفحة الرجل والذنب لانه كان
يمكنه ان لا يوقف ولان الايقاف غير مطلق له في الطريق
فصار متعديا في الايقاف فيضمن ما تولد منه سوا امكن
الاحتراز عنه او لا وكذلك من عطب بروثها او بولها
او لعابها لما بينا ولو وقف دابته على باب المسجد فان كان
الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يوقفون فيه
دوابهم فلا ضمان عليه فيما اصابت في وقوفها لان للامام
ان يفعل كذلك اذا لم يكن مضرا فكان مطلقا في
الايقاف ولو سايقها في هذا الموقف او قادها فهو ضامن
وكذلك اذا فعل الامام في الطريق العام المشترك وكذلك
اذا كان ذلك الموضع قد اذن الامام فيه بمنزلة سوق
الخيل والدواب فلا ضمان على واقف الدابة فيما كان من
نفحة ذنب او رجل او بول او لعاب وكذلك اذا كان راكبا
عليها واقفا فلا ضمان لان القود والسوق والسير كان
ثابتا قبل جعل الامام فلا يؤثر فيه اذن الامام وعدمه بل

يبقى على حاله مقيدا بالسلامة وكذا الفلاة من الارض
اذا وقف فيها دابته وكذلك طريق مكة اذا كان وقوفه
في غير المحجة لانه بمنزلة الفلاة من الارض وان وقف في
المحجة فهو كالوقوف في الطريق وان كان سايرا في هذه
المواضع فهو ضامن لما بينا ان جعل الامام الدابة في الايقاف دون
السير ومن اتلف شيا بفعله ضمن سوا كان في ملكه او في
ملك غيره لانه باشر اتلافه والمباشرة توجب الضمان بكل
حال واما الواقف في ملكه والسائق والقائد والساير فلا
ضمان في شي من ذلك لان الملك يطلق له هذه التصرفات
بدون قيد السلامة الا انه وطئت بيد او رجل في الساير لانه
مباشر ولو كان في ملكه كلب عقور فعقر انسانا فلا
ضمان لان فعل الكلب هدر لقوله عليه السلام العجما جبار
ولو نفرت الدابة او انفلتت منه فلا ضمان على صاحبها فيما
اصابت لانه لم يوجد منه ما يوجب اضافة فعلها اليه فبقي
مقتصرا عليها وفعلها هدر للخبر ولو ارسل دابته فما اصابت
في فورها ضمن لانه اثر فعله وهو الارسال فيضاف اليه
اليه كالسوق وكذا اذا عطفت يمينا وشمالا وهو لم يكن
لها طريق الا ذلك لانه لم ينقطع اثر فعله فيضاف اليه وان
كان لها طريق اخر فلا ضمان لانه انقطع حكم ارساله
فلا يضاف اليه ه **باب**

ما يحدثه الرجل في الطريق ه اذا حفر بيرا في طريق المسلمين
او في فنا به او اخرج جناحا او نصب ميزابا او وضع حجرا
او خشبا او قماشا او بنى دكانا او صب ما او قعد في الطريق

ليستريح او مرض فقعد فعثر به انسان او دابة فهو ضامن
بجميع ذلك لانه متعد في هذا التسبيب فيضمن ما تولد
منه وما كان من جناية في بني ادم وبلغ نصف العشر فهو
على العاقلة لان العاقلة بخلاف ما عداه لان العاقلة لا يعقل
لما دونه وقال ابو حنيفة اذا مشى في الطريق وهو لابس سيفا او
طيلسانا فسقط منه على انسان فتلف به او وقع في الطريق
فيعثر به انسان فلا ضمان عليه لانه لا يمكن الاحتراز
عنه بخلاف ما اذا حمله فحدث شيا من ذلك حيث يضمن
لانه يمكن الاحتراز عنه وقال محمد اذا لبس ما لا يلبسه
الناس فهو ضامن بمنزلة الحامل ولو وضع كناسة في الطريق
فتلف بها انسان ضمن لانه متعد في التسبيب لانه غير
ماذون له فيه بخلاف ما اذا كان الطريق غير نافذ والمسلة
بحالها حيث لا يضمن لانه مشترك بينه وبين قوم خاص فلكل
واحد منهم حق الانتفاع به فلم يكن متعديا في التسبيب
ولو بنى اهل المسجد في المسجد بنا او حفروا بيرا او وضعوا
حبا فعطب به انسان فلا ضمان عليهم ولو بنى رجل ليس
من اهل المسجد او حفر فالضمان واجب لان هذه الاشيا وضعها
جناية وليست مصلحة وانما تصير مصلحة اذا تولاها من اليه اقامة
مصالح المسجد ولاهل المسجد ذلك دون غيرهم ولو علق قنديلا
او بسط حصيرا او القى فيه الحصا فعطب به انسان فهو
ضامن في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن لان
ذلك مصلحة في نفسه وكان لكل واحد من المسلمين تسبيب
من ذلك ولنا ان هذا اشغل مكان الصلوة بغيرها فلا يجوز

ذلك لغيره اهل المسجد وقال ابو حنيفه اذا جلس في المسجد
لغير قربه لحديث او نوم وما اشبه ذلك فعطب به
انسان فهو ضامن وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه لان
الجلوس للصلوة مطلق فتعدى لغيرها كالمشي في الطريق
لما كان مطلقا استوى فيه الطاعة وغيرها لنا ان بنا
المسجد وقع للعبادة والطاعة فلا يطلق له في غير ذلك
الا بشرط السلامة كالمشي ولو حفر بيرا في سوق العامة
لمصلحة المسلمين او اتخذ قنطرة فتلف به انسان فان
كان بغير اذن السلطان ضمن لانه تصرف في حق العامة
فلا يملك ذلك الا باذن السلطان وعن ابي يوسف في
غير المشهور انه لا يضمن والله اعلم باب
الناخس اذا نخس دابة رجل وهو يسير عليها او واقف
في ملكه او في طريق فضربته بذنبها او رجلها او نفرت
فصدمت انسانا في فورها من النخسة فالناخس ضامن من
دون الراكب اذا فعل ذلك بغير امر الراكب هكذا روي
عن عبد الله بن عمر وابن مسعود وكان ذلك لفقه وهو
ان الناخس تسبب الى اتلافه على وجه التعدي فالحق
بالمباشر في حق الحكم ولا يضاف الى الراكب لان الناخس
مختار فيه بخلاف ما اذا نخسها بامره فان كان الراكب
يسير في الطريق او كان واقفا في ملكه او في موضع قد
اذن له في الوقوف فيه فلا ضمان على احد لان فعله يضاف
الى الامر فصار كما لو فعل الامر بنفسه ولو فعل الامر بنفسه
لا يضمن لانه ماذون له فيه في هذه المواضع وروي عن ابي

يوسف انه اوجب الضمان عليهما اذا وطئت انسانا واذا
نفحت برجلها فلا ضمان لانها اذا وطئت فالموت حصل
بفعل الراكب والناخس فيكون الضمان عليهما بخلاف
نفحة الرجل لان فعلها مضاف الى الراكب ونفحة الرجل
غير مضمونة على الراكب فكذا هذا وان كان الراكب
واقفا في بعض الطريق الذي لم يؤذن في الوقوف فيه فضرب
انسان الدابة باذنه فنفحت انسانا فالدية على الضارب
والراكب نصفين على عاقلتهما لانهما متسببان الى قتله اما
الضارب فظاهر وكذا الراكب لانه انزل مباشرا فيما
يحصل بالسير دون النفحة لانها ليست من السير ولا كفارة
عليهما لانهما متسببان لا مباشران ولو نخس بغير امره فوثبت
فالقت الراكب فالناخس ضامن لانه تسبب الى ذلك على وجه
التعدي وان لم تتلفه ورمحت به فما اصابت في فورها فعلى
الناخس لانه متعد في التسبب الى ذلك ولو نفحت الناخس
فقتلته فهو هدر لانه جنى على نفسه بنفسه فلو وجب لوجب
له عليه وانه لا يفيد ولا ضمان على الناخس حتى يعلم ان الذي
اصابت كان في فورها لانه اذا كان في فورها يضاف
الى الناخس لانه اثر فعله وان لم يكن في فورها لا يضمن
لانه انقطع اثر فعله فلا يضاف اليه بعد ذلك وان كان
للدابة سايق وقايد فنخس بغير اذن واحد منهما فالضمان
على الناخس خاصة لانه المتسبب دونهما وان كانا امراه به
فلا ضمان عليه ولا على واحد منهما لانه اذا كان بامرهما يضاف
باب البهايم

جناية القطار رحمه اذا قاد الرجل قطارًا فما اوطاه اوله
او اخره فهو ضامن وكذلك اذا صدم انسانا فقتله لانه
متسبب الى تلفه بتقريب الدابة اليه وان كان معه سابق
فالضمان عليهما لانهما اشتركا في السبب وهو التسبيب و
كذلك لو كان السابق في وسط القطار او كان يتقدم
او يتاخر وهو يسوقها وقال محمد في الاملا لو ان رجلا
كان يقود قطارًا واخر من خلف القطار يسوقه وعلى الابل
قوم في المحامل نيام او غير نيام فوطي بعير انسانا فقتله
فالدية على عاقلة القايد والسايق والراكبين على ذلك
البعير والراكبين اللذين قدام البعير على عواقلهم على عدد
الرؤس لانهم مشتركون في التسبيب والكفارة على راكب
البعير الذي وطي خاصة لانه مباشر للقتل وغيره متسبب
والكفارة تتعلق بالمباشرة دون التسبيب هذا اذا كان
الراكب يعقل القود فاما اذا كان لا يعقل فلا يضمن لانه كالمتاع اذا
واذا كان الرجل يقود قطارًا فربط انسان بعيرا اليه والقايد
لا يعلم فوطي البعير انسانا فالدية على عاقلة القايد لانه
المتسبب دون الرابط ويرجع عاقلته على عاقلة الرابط ان
لم يعلم القايد لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة وان كان
يعلم لم يرجع لانه مغتر وليس بمغرور ولو كانت وقوفا فربط
اليها رجل البعير فقادها وهو لا يعلم فالضمان على عاقلة القايد لانه
متسبب ولا يرجع على عاقلة الرابط لان قوده بعد ذلك ازال
حكم ربطه بخلاف ما اذا ربط وهو سائر لان الربط لم يكن
مستقرا حتى ينقطع باب

الرجل يجني عليه جنايات بعضها مضمون وبعضها غير مضمون
الاصل فيه ان العبرة لعدد الجناة لا لعدد الجنايات
والذي يهدر جنايته كجناية واحدة لان ما يحصل من
غير الادمي هدر فيجعل ذلك كالحاصل من واحد اذا جرح
رجل رجلا جراحة او جراحتين وجرحه سبع جراحتين او
جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة واحدة فمات من
ذلك فعلى الرجل نصف الدية ونصفها هدر لان الجاني
اثنان فيعتبر عددهما لا عدد جناياتهما وكذلك لو جرحه
رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وجرح به خراج و
اصابه حجر رمت به الريح فمات من ذلك كله فعلى الرجل
نصف الدية والنصف هدر لانها جنايات غير الادمي
فجعلناها كجناية واحدة ولو جرحه رجل اخر جراحة اخرى
ثم انضم الى ذلك ما هو هدر فعلى كل رجل ثلث الدية
ويهدر الثلث لان الذي لا يهدر فعل اثنين وما عداه
يلحق بالواحد ولو امر انسانا ان يقطع يده لعلة فقطع وجرحه
جراحة لغرض بغير امره ثم جرحه رجلان ثم عقره
سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله فربع الدية هدر
لان ما حصل بامره وبفعل السبع والحية هدر فيجعل ذلك
كجناية واحدة وما وجد من القاطع بغير امره جناية اخرى
ومن الرجلين جنايتان فحصل التلف باربع جنايات واحدة
هدر وثلث معتبرة ويقسم الباقي على الجناة وهم ثلاثة على
كل واحد الثلث فما اصاب المامور بالقطع يسقط نصف
ما يخصه ويلزمه النصف وهو ثمن الجميع لانه وجد منه

قطع وجرح القطع بامره والجرح بغير امره ولو امر رجل عشرة
امر رجل واحدا ان يضرب عبده سوطا ففعل ثم ضربه آخر
لم يامره فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يومر ارش ما انتقص
لمن ضربه مضروبا بعشرة اسواط لانه ضربه بعدما
ضرب عشرة ويضمن جزءا واحدا من احد عشر جزءا من
قيمته لان الجناية احد عشر وانما لم يدخل ضمان السوط
فيما وجب من ضمان القيمة لان الجناية وجدت من غيره
فلو دخل لدخل ضمان الجزء في الجزء وانه لا يدخل وانما
يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل بخلاف ما اذا ضربه
المولى عشرة اسواط ثم ضربه هذا الرجل سوطا ومات
من ذلك فعليه ما انتقصه سوطه مضروبا بعشرة اسواط
ونصف قيمته مضروبا باحد عشر سوطا لان الجنايات
الصادرة من واحد كجناية واحدة في حق الكل فيما يرجع
الى الحكم والجنايات الصادرة من المامورين متعددة
في اسقاط الضمان عن الشريك وان كانت متحدة في الحكم

باب

الرجل يامر غيره بالجناية عليه اذا امر رجل رجلا بقتله
فقتله بسيف فلا قصاص فيه وقال زفر يجب القصاص
لان امره امر بمعصية فيسقط موجبه بخلاف الامر بقطع
اليد لانه يفيد الاطلاق في الجملة ولنا الفعل الحاصل
عن امر يضاف الى الامر وان لم يكن له موجب شرعا
فقيامه حقيقة اورث شبهة في سقوط القصاص كما لو عفو
بعد الجرح فانه يورث في سقوط القود ولا يلزمه الدية

في اصح الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف و
محمد لان الدية تجب حقا للمقتول بدليل انه تقضى منها
ديونه وتنفذ وصاياه واذنه يؤثر في اسقاط حقوقه
كاذنه في اتلاف ماله وقطع يده حتى انه لو امر انسانا
ان يقطع يده او يفقأ عينه ففعل فلا شيء عليه ولو امره بقتل
عبده او قطع يده ففعل فلا ضمان عليه للمولى لان الواجب
حق للمولى فيسقط باذنه وفي رواية تجب الدية لان
وجوبها بعد الموت فاذنه قبله لا يؤثر عنه في اسقاط
ما يجب بعد الموت لكن يؤثر في اسقاط ما يندرئ بالشبهات
والدية لا تندرئ بالشبهات بل يثبت معها وكذا المال بخلاف
القصاص فانه يندرئ بالشبهات ولو قال اقتل اخي فقتله
وهو وارثه فالقياس ان يجب عليه القصاص وهو
قول زفر لان امره بقتل نفسه لا يؤثر في سقوط القصاص
فامره بقتل اخيه اولى وقال ابو حنيفة استحسن ان اخذ
الدية من القاتل لان القصاص لو وجب لوجب له فامره
اورث شبهة في سقوط ما يندرئ بالشبهات والقصاص يندرئ
بالشبهة دون المال وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
فيمن امر انسانا ان يقتل ابنه فقتله قتل به وهذا يحتمل
ان يحتمل ان يكون قياسا لا استحسانا ولو امره ان يشجه
فشجه فلا شيء عليه فان مات منها فعليه الدية قال ابو الحسن
هذا على اصل ابي حنيفة لان عنده الامر بالشجة لا يكون امرا
بالقتل كما ان العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن النفس
وروى ابن سماعة عن محمد فيمن امر انسانا ان يقطع يده فمات

فليس على قاطع شيء ولا يشبه هذا العفو عن الشجة على قول
ابي حنيفة فان العفو عن الشجة عنده لا يكون عفوا عن
السراية وهاهنا الامر بالقطع امر بالقتل والفرق بينهما وهو
ان الامر طلب تحصيل الفعل فلا يتقيد بالسلامة لانه لو تقيد
امتنع المامور به عن تحصيله فلا يحصل مطلوبه فاشبه الامام
اذا قطع يد السارق فمات بخلاف العفو فانه اسقاط موجب
الشجة واسقاط موجبها لا يكون اسقاط موجب القتل

باب

الجناية بحفر البير ه اذا حفر بيرا في طريق المسلمين
فوقع فيها رجل فمات او اصابته جناية فيما دون النفس
لسقوطه فهو ضامن الجناية حيا كان الحافر او ميتا
لانه حصل شرطا معملا للعلة بطريق التعدي فيلحق
بالعلة اذا لم يكن صاحب العلة متعديا وهاهنا صاحب العلة
ليس بمتعد حتى انه لو تعدى بان تعمد الوقوع فيها لا يضمن
الحافر وان لم يمت بسقوطه لكن مات غما او جوعا لم يضمن
في قول ابي حنيفة وقال محمد يضمن في الوجهين لانه تسبب
الى التلف في الوجهين فيضمن وقال ابو يوسف اذا مات غما
ضمن وان مات جوعا لم يضمن لان بالحفر تسبب الى وقوعه
لا الى جوعه فلا يضاف اليه لان الحفر سبب الوقوع لا سبب
الجوع بخلاف الغم فان الوقوع في البير سبب الغم فيضاف اليه
بواسطة الوقوع لنا ما ذكرنا في الباب ان الحفر ملحق بالايقاع
والايقاع الوقوع لا الغم والجوع فيضاف اليه دونهما فصار
كما لو حبسه في بيت وتجب لكل جناية كانت منه بالحفر

ارشها لا يسقط شيء منها بشيء ولا يشارك المجني عليهم بعضهم
بعضا في الذي يجب لكل واحد منهم لان حفره الحق بالايقاع
والحر اذا القى جماعة في البير يضمن ديات الكل بخلاف
غير الحر المامور وان كان الحافر مدبرا او ام ولد فالواجب
على المولى قيمة واحدة للمامور ويعتبر القيمة يوم الحفر ولا
يعتبر زيادة القيمة يوم الوقوع ونقصانها لانه بحفره صار
جانيا عند الوقوع فيعتبر قيمته يوم الجناية وهو الحفر واما
المكاتب فيلزمه الجنايات على ما بينا ويعتبر قيمته يوم
الحفر وان كان الحافر عبدا فالجنايات كلها في رقبة العبد
ويخاطب المولى بالدفع او الفداء بجميع الاروش لان موجب
جناية العبد مخاطبة المولى لما ذكرنا فان اعتقه المولى
بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقه جنايات فعلى المولى قيمته
يوم عتق لانه بالاعتاق فوت الدفع من غير علم فيعتبر قيمته
يوم فوت ويشترك فيها اصحاب الجنايات التي كانت
بعد العتق وقبله يضرب في ذلك كل واحد منهم بقدر ارش
جنايته لان القيمة قائمة مقام عينه ولو دفع عينه يشتركون
فيها على هذا الوجه ولو لم يعتق لكن وقع فيها واحد فمات
فدفع به ثم وقع ثان وثالث اشتركوا مع المدفوع اليه الاول
في رقبته بقدر حقوقهم لان بدفعه الى الاول تخلص عن
موجب جنايته وهاهنا هذا الثاني والثالث حصل من حفره
فصار كانه اوقع الثلثة فيها دفعة واحدة لانه يصير كالدافع
بازالة المسكة ولو حفر بيرا في الطريق فجاء اخر فحفر في اسفلها
ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول دون الثاني وهذا هو القياس

وبه ناخذ لان الاول هو الذي تسبب الى وقوعه دون
الثاني ولو وسع رجل راسها فان دفعه في شقه سهما
فالضمان عليهما نصفان لانهما تسببا الى وقوعه بازالة المسكة
ولو وسع الثاني كثيرا حتى صار وقع القدم في حفر الثاني دون
الاول فالضمان على الثاني لان الثاني هو المسبب دون
الاول ولو حفر بيرا ثم كبسها بحجارة او جص فجا رجل فاخرج
الجص والحجر فوقع فيها انسان فالضمان على الذي اخرج
لان الكبس بالحجر ونحوه طم البير فينعدم اثر الحفر بخلاف
ما اذا كبسها بحنطة او شعير ثم اخرجها انسان حيث يضمن
الاول لان الكبس بالحبوب لا يعد طما فلم ينعدم اثر الحفر
ولو تعقل بحجر فوقع في البير فان كان الحجر وضعه انسان
فالضمان على الواضع لان وضعه الحجر بدفعه لانه متعدي
والماشي غير متعدي فيه بخلاف ما اذا كان الحجر حميل
سيل حيث يضمن الحافر لان فعله هدر فالحق بالعدم ولو سد
الحافر راس البير فجا اخر فنقضه فالضمان على الحافر لان
بتغطيه راس البير لم ينعدم اثر الحفر ولو حفر في ملك الغير
فوقع فيها انسان فقال صاحب الملك انا امرته به وانكر
اوليا الميت فالقياس ان لا يصدق صاحب الملك لان
الضمان وجب ظاهرا فهو بهذا يريد اسقاط عن ذمة
الحافر فلا يصدق ولنا انه اقر بما يملك انشاه في الحال
فيصدق لعدم التهمة في حقه ولو حفر في طريق مكة في غير
ممر الناس فلا ضمان على الحافر لانه ماذون فيه لكون الارض
مباحة ولو قال الحافر هو القى نفسه فيها عمدا وقالت الورثة

وقع فيها فالقول قول الحافر في قول ابي يوسف الاخير وهو
قول محمد وفي قوله الاول القول قول الورثة لان الظاهر
يشهد لهم لان العاقل لا يلقي نفسه في البير فلا يقبل قول
الحافر لان الظاهر يكذبه ولنا الخلاف في الحقيقة وقع في
وجوب الضمان والحافر ينكر وجوبه فكان القول
قوله ولو استاجر انسانا ليحفر له بيرا في الطريق فان
كان في فنا المستاجر فالضمان عليه دون الاجير لان
له اختصاصا بفنايه لان له الانتفاع به على وجه لا يضر
بالناس فصح امره فانتقل فعل المامور اليه فصار كانه حفر
فيضمن لان الاطلاق له مقيد بالسلامة ولم يعلم ان لم
يكن في فنايه فان علم الاجير بذلك فالضمان على الاجير
دون الامر لان امره لم يصح فاقتصر الحفر على الحافر بخلاف
ما اذا لم يعلم حيث يجب الضمان على الامر لانه غره واوقعه
في هذه الورطة لان الظاهر انه امره بالحفر في فنايه ولو استاجر
اربعة يحفرون له بيرا فوقع عليهم من حفرهم فمات احدهم فعلى
كل واحد من الثلثة ربع الدية وهدر الربع لان تلفه حصل
بفعله وفعل شركايه الثلثة فما حصل بفعله فهو هدر وهو الربع
وما حصل بفعل شركايه اعتبر ولو وقع رجل في بير فتعلق
باخر وتعلق الثاني بثالث فوقعوا فماتوا فان عرف حالهم
بان اخرجوا احيا فاخبروا فموت الاول على سبعة اوجه ان
عرف انه مات بوقوعه فالضمان على الحافر لانه مضاف الى
الحفر وان مات بوقوع الثاني عليه فدمه هدر لانه هو الذي
اوقعه على نفسه بجره وان مات بوقوع الثالث عليه فالضمان

على الثاني لان الثاني هو الذي جره الثالث وان مات بوقوع
الثاني والثالث فنصف دمه هدر ونصفه على الثاني لانه
تلف بفعله وهو جر الثاني وفعل الثاني وهو جر الثاني الثالث
وان مات بسقوطه ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر
ونصفه هدر لان وقوعه مضاف الى الحافر ووقوع الثاني
عليه مضاف الى فعل نفسه وان مات بسقوطه ووقوع
الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني لانه
هلك بفعلهما وان مات من ذلك كله فالثلث هدر وثلثه
على الحافر وثلثه على الثاني لانه هلك بفعل نفسه وبفعل الحافر
والثاني وموت الثاني على ثلثة اوجه ان كان بوقوعه في
البير فديته على الاول وان مات بوقوع الثالث فدمه هدر
وان مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فنصف دمه هدر
ونصفه على الاول وموت الثالث له وجه واحد وهو وقوعه
في البير فديته على الثاني لانه جره والقاه فيها وان لم يعرف
حال موته فالقياس ان دية الاول على الحافر ودية الثاني
على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد لان
الظاهر موت الاول بوقوعه وموت الثاني بجر الاول وموت
الثالث بجر الثاني فلا ينقطع الحكم عن الظاهر ما لم يعارضه
مثله وفي الاستحسان دية الاول اثلاث على الحافر الثلث و
على الاوسط الثلث والثلث هدر لان الاسباب اجتمعت و
هي وقوعه ووقوع الثاني عليه ووقوع الثالث عليه وكل واحد
معتبر فينقسم الحكم عليها او يضاف الى الكل ودية الثاني
نصفان نصفها هدر ونصفها على الاول ودية الثالث على

السابع عشر

الثاني لما بينا ولو امر عبده ان يحفر بيرا في الطريق
فان كان في فنائه فالضمان على عاقلة المولى لان امره
صح في فنائه فاضيف فعل المامور اليه وان لم يكن في
فنائه فالضمان في رقبة العبد علم بذلك او لا لان امره
لم يصح بالحفر فاقتصر فعل العبد عليه وانما استوى علمه
وجهله لان المغرور لا يصح في حق عبده بخلاف الحر ولو
استاجر حرا او عبدا محجورا عليه ومكاتبا يحفرون له بيرا
فوقعت البير عليهم وماتوا فلا ضمان على المستاجر في الحر والمكاتب
لان الاجارة منهما جايزة ولا يكون جانيا باستيجارهما
ولا باستعمالهما لحكم الاجارة ويضمن قيمة العبد لمولاه لان
اجارته فاسدة فصار غاصبا باستعماله له فاذا اخذ القيمة
دفعها الى ورثة الحر والمكاتب فيضرب ورثة الحر في قيمته
بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان
كل واحد منهم تلف بجنايته وجناية صاحبيه فما كان
من جنايته وجناية صاحبيه فما كان من جنايته هدر
وما كان من جناية صاحبيه معتبر ثم يرجع المالك على
المستاجر بقيمة العبد مرة اخرى فتسلم له لانه غصب العبد
فارغا ودفع قيمته مشغولة فلا يخرج عن العهدة وللمستاجر
ان يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد لانه ملكه
بالضمان مستندا الى وقت الغصب وقد تلف ثلثه بجناية
الحر وياخذ اولياء المكاتب من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب
لان ثلث المكاتب تلف بجناية الحر ثم يوخذ من تركة
المكاتب مقدار قيمته فيكون ما بقي لورثة الحر و

المستاجر يعني ورثة الحر بثلث ديته والمستاجر بثلث
قيمة العبد لان ثلث كل واحد منهما تلف بجناية المكاتب

باب

الحائط يميل على الطريق قوله اذا بنى حائطا مائلا الى ملك
غيره او الى الطريق او اخرج جناحا ضمن ما تلف بسقوطه
اشهد او طولب بنقضه او لا لان فعله وقع عدوانا من الابتدا لوقوعه
شاغلا لهوى ملك الغير وهوى طريق العامة بخلاف ما
اذا بنى في ملك نفسه مستويا ثم انجبت لا يضمن ما تلف بسقوطه
قبل الاشهاد عليه في النقض وبعد الاشهاد يضمن لاقتداره
على النقض حتى انه لو ذهب بعد الاشهاد يطلب من
ينقضه فسقط الحائط فتلف به انسان او متاع لم يضمن
لان فعله وقع حقا ابتدا لانه بنى في خالص ملكه والميلان
ليس من صنعه فلا يصير جانيا به وانما يصير جانيا بترك النقض
بعد الاشهاد مع الاقتدار عليه وصورة الاشهاد ان يقول
اشهدوا اني تقدمت الى صاحب هذا الحائط المائل في نقضه
لكن المعتبر مطالبته بالنقض دون قوله اشهدوا حتى انه لو
اعترف انه طالبه بالنقض فلم ينقض حتى سقط ضمن وانما
الاشهاد للاثبات عليه عند الانكار كما قلنا في باب الشفعة
ان المعتبر هو الطلب والاشهاد للاثبات حالة الانكار
ويصح الاشهاد على حائط مائل حتى انه لو اشهد على حائط
غير مائل لم يصح لانه لم يثبت له حق المطالبة بالنقض ممن له حق في
الطريق والملك للذي يخاف الوقوع عليه على من يقدر على
النقض حتى ان الحائط اذا مال على الطريق صح الاشهاد ممن

له المرور فيها سواء كان من اهل الذمة او من اهل الاسلام لانهم
في حق المرور فيها على السواء وان كان الميلان الى دار رجل
فالاشهاد الى صاحب الدار ان كان وان لم يكن والى
ساكن الدار لان اليد العادية لو ثبتت عليها فلصاحب الدار
وساكنها المطالبة بازالتها فكذا اذا اشتغلت على هواء الدار
لان منفعة هواء الدار بمنزلة منفعة الدار الا ان من له المرور
في الطريق اذا اشهد عليه فاستمهله اياما فامهله فهو باطل
لان الحق في الطريق العامة فلا يصح من الواحد التاجيل في
حقهم وصاحب الدار اذا اشهد على صاحب الحائط المائل
الى داره فاستمهله اياما فامهله فذلك جائز ولا ضمان عليه
فيما تلف بسقوطه لان الحق في الدار الخاص فيصح منه التاجيل
والابراء ولو اشهد على من لا يقدر على النقض كالصبي والمجنون
والمرتهن والمستاجر والمودع لا يصح وانما يصح على المالك البالغ
العاقل وعلى ابي الصغير او وصيه في حائط الصغير لانهم يقدرون
وما تلف بعد الاشهاد بوقوع حائط الصغير فعلى عاقلته ان
كان نفسا وفي ماله ان كان استهلاكا للمال وان اشهد
عليه وبعد ما قال ثم جن او مات ثم باع الملك لا يضمن ما سقط
بوقوعه بعد ذلك سواء قبض المشتري او لا لان القدرة فاتت
بالجنون وزوال الملك ولو كانت الدار بين جماعة فاشهد
على بعضهم دون البعض فلا ضمان على من اشهد عليه في القياس
لانه لا يقدر على النقض وحده لان النقض تصرف في محل مشترك
وفي الاستحسان يلزمه بقدر ما يملك منه لانه يقدر على نقض
ذلك القدر برفع الامر الى القاضي حتى يحكم الشركا بالنقض

ولو وضع رجل حجرا في دار غيره او حفر بيرا او بنى بنا فاتلف به ضمان
الدار كان يرتابا لان الحق له فهي منه اسقاط ولو انكرت
العاقلة كون الدار ملكا لصاحبها فلا عقل عليهم حتى يشهد
الشهود بها لان الظاهر يكفي للدفع لا للالزام ولهذا قلنا اذا انكر
المشتري كون الدار التي يشفع بها ملكا للشفيع ليس له
ان ياخذ بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك قال محمد ولا بد
من الشهادة على ثلثة اشيا على التقدم اليه في الحائط وانه
مات من سقوطه وان الدار له

باب القسامة

اذا وجد ميت في محلة او في دار رجل وبه جراحة او اثر ضرب
او خنق فهو قتيل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار او على
عاقلة اهل المحلة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلته ولا علمت
له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلث سنين وقال الشافعي اذا كان
بينه وبين اهل المحلة لوث يحلف الولي ويقضى على المدعى عليه
بالدية وقال مالك يقضى بالقصاص والاصل في ذلك ما روي
ان عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فاخبروا
بذلك رسول الله صلى الله عليه فقال يحلف لكم منهم خمسون رجلا
بالله ما قتلوه فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم كفار وقال
يحلف منكم خمسون رجلا انهم قتلوه فقالوا كيف نحلف على شي
لم نره فوداه رسول الله من عنده وروي انه عليه السلام
كتب الى يهود خيبر اما ان تدوا او تاذنوا بحرب من الله
ورسوله فصدر الحديث دليلنا ورد اليمين عليهم للانكار لا
للتحقيق لانهم ما اشتجا او الحلف على شي لم يروه والذين يحلفون رجلا
خمسون رجلا يختارهم ولي الدم من العاقلة لان في التخيير فايدة

١٦٢

لانه يختار صالحي العشيرة الذين يغلب على الظن انهم لا يحلفون
كاذبا او يحلف من يتهمهم فان لم يكمل العدد كررت الايمان
وتجب الدية على العواقل وهم اهل الديوان ومن لا ديوان له
فالعقل على عاقلته من النسب وقال ابن ابي ليلى فالعاقلة العواقل
القبايل فلما دون عمر الدواوين جعل على اهل الديوان بمحضر
من الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا وهذا يدل
على انه كان على القبايل في زمن الرسول عليه السلام باعتبار
النصرة فلما كانت النصرة في زمن عمر باهل الديوان وضع
عليهم ولا قسامة على الصبي والعبد والمراة لان وجوبها باعتبار
النصرة وهؤلاء ليسوا من اهل النصرة ولو كان في المحلة اناس من
قبايل شتى وفيهم مشترون واهل خطة فالدية والقسامة
على اهل الخطة ولا شي على المشتري في قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف الكل مشتركون وانه لم يذكر الكرخي قول محمد وذكره
في الجامع مع قول ابي حنيفة له ان الوجوب باعتبار نزول وهم
مشتركون فيه ولهما ان صاحب الخطة اصل والمشتري دخيل والاصل
اولى بولاية الحفظ وان كان في المحلة ملاك وسكان فالقسامة
والدية على الملاك دون السكان في قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف هو عليهم لان ولاية الحفظ تثبت بالسكنى كما تثبت
بالملك ولهما ان المالك اصل والساكن تبع والاصل اولى
بولاية الحفظ دون التبع واهل الذمة كالمسلمين في
القسامة والدية لانهم مثلهم في اهلية النصرة وولاية الحفظ
وقال ابو حنيفة في القتيل يوجد في السجن لا يعرف من قتله فالدية
في بيت المال وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجب على اهل السجن
رجح قولهما الخ

الحفظ وولاية الحفظ لا ... صح

مقهورون ولا يكون اليهم تدبير حفظ الموضع وانما ذلك الى
عامة المسلمين لان منفعته عائدة اليهم وهو التوسل الى
استيفا حقوقهم وان وجد في السوق قتيل فان كان السوق
مملوكا يجب على الملاك عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
على السكان لما بينا وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة
التي بنيت فيها فما يوجد فيها يكون على بيت المال وان وجد
في المسجد الجامع او الجسور العامة فعلى بيت المال وان وجد
في سفينة فعلى اربابها وان كان معهم ركاب فعليهم جميعا اما
على قول ابي يوسف فظاهر لان السكان عنده كالملاك
واما الاشكال على قول ابي حنيفة ومحمد فانهما يفرقان بينهما
ويقولان ان السفينة تنقل وتحول فيثبت ولاية الحفظ باليد
والكل في ذلك على السوا بخلاف العقار فانه لا ينقل ولا
يحول ولو وجد في نهر جار صغير مما يقضى فيه بالشفعة للشركا
فعلى عاقلة ارباب النهر لان النهر خاص لهم فاشبه الدار والمحلة
ولو جرح رجل في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على
القبيلة وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة
وقال ابو يوسف وهو قول ابن ابي ليلى لا ضمان في الوجهين
جميعا ولا قسامة لان الحاصل في القبيلة ما دون النفس
فلا يجب فيه الدية والقسامة ولنا انه اذا لم يزل صاحب
فراش فالموت يضاف الى جرحه فيصير جرحه قتلا في القبيلة
وان لم يكن صاحب فراش فلا يضاف اليه ولو كانت دار
مشتركة فوجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة

رب الدار لان المعتبر عند ابي حنيفة الملك وانه ثابت لصاحب
الدار وقال ابو حنيفة الدية تجب في اعطيات المقاتلة دون
اعطيات الذرية لان التحمل باعتبار النصرة والذرية ليسوا
من اهلها فان لم يكونوا اهل عطا وكان لهم ارزاق ففي ارزاقهم
والعطية ما فرض للمقاتلة والرزق ما جعل لفقرا المسلمين
وان كانت دواوينهم على غير القبايل فعلى القيادات في
الرايات لان العبرة بالاجتماع على التناصر وانه يقع بالقيادات
والرايات ومن ابى منهم ان يحلف حبس حتى يحلف لان الحلف
مقصود في النفس شرعا لانه لخطرها وصونا للدم عن الهدر
فاذا ابى فقد منع الحق وانه ظلم فيستحق الحبس والاعمى والمحدود
في القذف والكافر يجب عليهم القسامة لانهم في النصرة سوا ولو
وجد قتيل في سوق المسلمين فالضمان على بيت المال لما
مر ولو وجد في فلاة من الارض فان كانت ملكا لانسان
فالقسامة والدية على عاقلته لما مر وان لم يعرف لها مالك
وكانت موضعا يسمع فيها الصوت من مصر فعلى اقرب القبايل
الى ذلك الموضع من المصر لان الغوث يلحقه من اقرب موضع
يسمع الصوت فيه وان لم يسمع الصوت فيه فدمه هدر ولو وجد
في مثل الفرات او الدجلة تجري به الما فلا قسامة ولا دية
لانه لا يثبت عليهما يد احد وان كان محتبسا من دجلة فعلى
اقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت لان
الغوث يلحقه من ذلك الموضع ولو وجد في معسكر اقاموا
بفلاة غير مملوكة لاحد فان وجد في خبا او فسطاط
فعلى من يسكنها الدية والقسامة لانه بمنزلة الدار لان

هنا ترك وصوابه من جانبه الاخر انظر الى الورقه الموسع سطورها اولها وان كان خارجا من الفسطاط

اما الملك فقد انعدم فبقيت العبرة لليد وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان هذه اليد على من جرح في قبيلة فحمل الى بيته فمات من تلك الجراحة ووجه البنا انه في يده فاشبه كونه في داره

ولو وجد قتيل في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شي فيه لان داره في يده فصار كانه قتل نفسه ولنا ان القسامة تجب حال ظهور القتيل ولهذا ان من مات قبله لا يدخل في القسامة وحال ظهور القتيل الملك للورثة بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه يهدر دمه لان حال ظهوره قتيلا الملك له فصار كانه قتل نفسه ولو ان رجلين في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا اضمنه لاحتمال انه قتل نفسه قلنا هذا الاحتمال خلاف الظاهر لان الظاهر ان العاقل لا يقتل نفسه فلا يعتبر كما لو وجد قتيلا في محلته فان الاحتمال قائم انه قتل لما كان خلاف الظاهر لم يعتبر فتعين الاخر

ولو وجد قتيل في دار مكاتب فعليه ان يسعى في الاقل من قيمته ومن الدية وكذلك لو كان الذي وجد قتيلا مولاه لان داره في يده فصار كانه قتله والحكم في قتل المكاتب هذا سواء كان المقتول مولاه او غيره ولو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته في ثلث سنين لا يتحمله العاقلة لان وجوب الضمان عليه بعد عدمه فلا يظهر في حق عاقلته فصار كالقن في حقهم

ولو وجد قتيل في دار عبد ماذون له في التجارة فالقياس

وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية منه وان كان القوم لقوا قتالا فقاتلوا ووجد قتيلا بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتيل العدو لان الظاهر ان الناس لا تقتل بعضهم بعضا وان كان العسكر اقاموا بارض مملوكة فالعسكر كالسكان تجب على المالك عند ابي حنيفة وحده

واذا وجد القتيل على دابة ولها قايد او سايق او راكب فعليه القسامة وان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما لو وجد في دارهم واذا وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر عليها الايمان وعلى عاقلتها اقرب القبايل اليها في النسب الدية وقال ابو يوسف رحمه الله عليه القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة باعتبار النصرة كالدية وانها ليست من اهلها ولنا ان القسامة لنفي التهمة وانها متحققة في حقها

ولو وجد قتيل في ارض رجل الى جنب قرية ليس صاحب الارض

من اهل القرية فهو على صاحب
الارض لانه اخص بها لكونه مالكا
فاشبه صاحب الدار ولو وجد
قتيل في دار رجل فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه وتدخل
العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان
كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار
تكرر عليه الايمان وقال ابو يوسف لا قسامة
على العاقلة لان صاحب الدار اخص من غيره فلا
يشاركه فيها غيره ولنا انهم اذا كانوا حضورا يلزمهم
النصرة فكذا القسامة لانها باعتبار النصرة ولو ان
رجلا معه جرح حمله الى اهله فمكث يوما او يومين
ثم مات لا يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف

الغلط الذي فيه ارجع الى الاصل [illegible]

ان تجب القسامة على العبد سواء كان عليه دين او لم يكن
ويخير المولى بين الدفع والفداء لانه ليس في يده دون كسبه
فاشبه الحجر في هذا وفي الاستحسان تجب القسامة
على المولى لانه انما يتوجه الحلف على من لو اقر به ينفذ و
العبد لو اقر به لا ينفذ فلا يحلف لانه لا يفيد و تجب على
المولى لانه اقرب الناس اليه ولو وجد المأذون في دار
مولاه قتيلا وعليه دين فعلى المولى قيمته لغرمائه حالة
في ماله لان داره في يده فصار كانه قتله ولو قتل عبدا مأذونا
له مديونا يضمن قيمته لغرمائه لانه اتلف محلا تعلق به
حقهم وضمان الاتلاف يجب حالا في ماله وكذلك لو
كان على العبد جناية وكذا لو قتله مولاه خطأ او
عمدا وهو لا يعلم به لان المعنى يجمع الكل وهو تفويته محلا
تعلق به حقه وان وجد ابن الرجل قتيلا في دار ابيه او
دار اخيه فالدية على عاقلته وان كان هو وارثه لما بينا ان
وجوده في داره قتيلا كمباشرة قتله لما بينا ان صاحب
الدار كالمباشر للقتل وعن ابي يوسف في العبد الرهن
يوجد قتيلا في دار الراهن او المرتهن فالقيمة على رب الدار
دون العاقلة لانا نجعل صاحب الدار كالمباشر للقتل والراهن
اذا قتل المرهون يغرم قيمته في ماله لانه اتلف محلا تعلق
به حق الغير والمرتهن اذا قتل عبدا مرهونا عنده يغرم قيمته
في ماله ويكون رهنا عنده هذا على قول ابي يوسف وعن
محمد في دار بين رجلين اثلاثا فالدية على عاقلتيهما نصفان
لان القتل اصل الملك لا قدره وقد استويا في اصله وهذا

يقسم الشفعة على عدد الرؤس ولو وجد بدن قتيل في محلة
او اكثر فالقسامة والدية لان للاكثر حكم الكل وان
وجد اقله فلا قسامة لانه لو وجب في الاقل ادى الى تكرار
وجوب القسامة لانه ربما يوجد الباقي في موضع اخر فتجب ايضا
وذكر الطحاوي عن اصحابنا ان القاتل يدخل مع العاقلة في التحمل
وقال الشافعي لا يدخل لان الوجوب على العاقلة بطريق الحوالة
والحكم اذا حول عن محل لا يبقى فيه ولنا انما وجب عليهم لانهم نزلوا
منزلة القاتلين لعلة التناصر او التقصير في الدفع واذا ما
كان فوجوبه على القاتل اولى وذكر في الجامع الصغير
فيمن باع دارا فوجد فيها قتيل فالدية على من الدار في يده
في قول ابي حنيفة سواء كان في البيع خيار او لم يكن وقال ابو
يوسف ومحمد الدية على مالك الدار اذا لم يكن في البيع خيار
وان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وقال زفر الدية
على المشتري الا ان يكون الخيار للبائع فيكون الدية عليه
لانه يعتبر الملك حال ظهور القتيل فيها الا ان في رواية الحفظ
يثبت به وفي تلك الحال الملك للمشتري ولو كان في البيع خيار
للبائع فهو للبائع لان خياره يمنع خروج المبيع من ملكه وهما يقولان
الملك ان كان ثابتا للحال لكن الخيار يمنع استقراره فاذا
سقط يصير كانه لم يكن من الاصل وابو حنيفة يقول اختصاص
الدار باليد ما دامت في يده فهذه اليد غير اليد التي كانت قبل
البيع فصار وجود القتيل في يده بعد بيع الدار كوجوده في يده
قبل بيعها ولو ادعى ولي القتيل على رجل في المحلة بعينه فالقسامة
والدية بحالها لان الوجوب عليهم بانزالهم قاتلين والقاتل على ما

عليه الاصل واحد منهم فبدعواه على واحد بعينه لا يتغير ما كان
وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة تسقط لان
الدعوى على واحد منهم ابراء للباقين لان دعوى وجوده منه
نفي لوجود القتل عن غيره ضرورة وكذلك روي عن محمد
ولو ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة فقد ابرا اهل
المحلة من الدية والقسامة ولو شهد اثنان من اهل المحلة للولي
بما ادعى لم يقبل شهادتهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
تقبل وهذا بنا على اصلين احدهما ان من انتصب خصما في شيء
ثم خرج ثم شهد لا يقبل شهادته كالوكيل اذا خاصم ثم عزل
فشهد له والثاني ان كل من كانت له عرضية الخصومة
فبطلت العرضية ثم شهد يقبل فاذا عرف هذا نقول هما
يقولان لا وجوب على اهل المحلة في الحال وانما يجب عند الدعوى
ففي الحال لهم عرضية كونهم خصما فبطل بدعواه على من
ليس منهم ولابي حنيفة الوجوب عليهم بتقصيرهم في حفظ المحلة
لا بالدعوى فكان هذا خروجا بعد انتصابه خصما فلا
يقبل شهادته ولو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه
فشهد شاهدان من اهل المحلة عليه لم تقبل شهادتهما لان الخصومة
قائمة على اهل المحلة وهو بشهادته يريد قطعها ودفع الضمان فلا
يقبل فصل اذا قطعت امراة يد رجل عمدا او شجته
ثم تزوجها على الجراحة او الشجة فان برا الرجل جاز النكاح
والارش مهرها لانه اذا برا فموجبه المال لان القصاص لا
يجري بين اطراف الذكر والانثى والارش معلوم فقد تزوجها
على مال معلوم فجاز وكذلك ان كان خطا ولو كانت

الجراحة عمدا فمات من ذلك فالقياس عند ابي حنيفة ان تجب عليها
القصاص وفي الاستحسان لا قصاص ويلزمها الدية ولها عليه
مهر مثلها وعند ابي يوسف ومحمد سقط القصاص ولها عليه
مهر المثل وعند ابنا على ان العفو عن الشجة لا يكون عفوا
عن القتل فاذا سرى ظهر انه تزوجها على الشجة ولم يصح لانه
ظهر انه كان قتلا لا شجة فظهر ان ما ذكر مهرا لم يكن
موجودا فخلى العقد عن التسمية فوجب مهر المثل لها والدية
على العاقلة استحسانا وعندهما العفو عن الشجة عفو عن النفس
فسقط القصاص لمكان العفو ووجب مهر المثل لان
القصاص لا يصلح مهرا وان كان خطا فالدية على العاقلة
عند ابي حنيفة لان القطع صار قتلا ولها مهر مثلها لان
ما ذكر مهرا لم يكن موجودا وهو الارش فخلى العقد عن
التسمية ففسد وعندهما ان كان مهر مثلها مقدار الدية
صحت التسمية ويسقط عن العاقلة وان كان اقل من الدية
سقط عن العاقلة قدر مهر مثلها وما زاد فهو وصية للعاقلة
لان التزوج على الشجة عندهما تزوج عليها وعلى ما تحدث
منها فوقع النكاح بالدية فيصح ولو تزوجها على اليد وما
تحدث منه كان قول ابي حنيفة مثل قولهما لانه تزوج على
النفس ولو قطع يد رجل عمدا ثم قتله فالولي بالخيار ان شا
قطع يده ثم قتله وان شا اقتصر على قتله في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يقتل ولا يقطع لان القطع مع الحز قتل واحد
لان المرء قد يقتل بجراحة وقد يقتل بجراحات بدليل انها لو وقعا
خطا تجب دية واحدة فلا يجازى الا بقتل واحد ولنا ان الحز

يقطع السراية عن القطع كالبرء لانه ازهاق روح فاذا انقطع
صار قتلا وقطعا فيجازى بمثلهما ولو قطع يد رجل عمدا فمات
من ذلك فللولي ان يقتله وليس له ان يقطعه وقال الشافعي
يقطع يده فان مات في المدة التي مات فيها الاول والا تحز
رقبته لان المماثلة شرط ما امكن وقد امكن على الوجه
الذي ذكرنا فان الموت من القطع موهوم فان تحقق تحققت
المماثلة والا حزت رقبته تتمة له كما لو ضرب بالسيف مرة فلم يمت
ضربه اخرى تتمة له كذا هذا ولنا اذا سرى صار قتلا
فيجب قتله لا غير والمماثلة لا يمكن تحصيلها بما ذكر لان
الحز فوق القطع لانه ازهاق روح فلا يصلح تتمة لما
دونه لان تتمة الشي تبعه ولا يستوفى في القود الا بالسيف
وقال الشافعي يقتل بمثل ما قتل به الاول من الالة لان شرطه
المماثلة وذلك في قتله بمثل ما قتل به ولنا هذا ضعيف
لان المقصود من الة القتل بها لا عينها فالاعتبار بما هو
اسرع افضا الى المقصود اولى ولو اطعم غيره سما فان
تناوله بنفسه فلا ضمان على الذي اطعمه لان المتناول باشر
قتل نفسه فلا يضاف الى المسبب لكن يعزر ويضرب لانه
غره وان اوجره فعليه ديته لان الموجر هو القاتل دونه
واذا اصطدم الفارسان فماتا فدية كل واحد على عاقلة الاخر
وقال زفر والشافعي على كل واحد منهما نصف دية الاخر لان
كل واحد منهما مات بفعله وبفعل صاحبه فما حصل بفعله
هدر وما حصل بفعل صاحبه يعتبر ذلك ولنا كل واحد
منهما تسبب الى قتل صاحبه والحكم انما يضاف الى السبب

اذا وقع عدوانا وفعل كل واحد منهما لم يقع عدوانا في حق
نفسه لانه ماذون له فيه ووقع عدوانا في حق صاحبه فاضيف
موت كل واحد منهما الى فعل صاحبه بتمامه فيضمن ديته
ولو ان رجلين مدا حبلا فانقطع فسقط كل واحد منهما
على ظهره فماتا فدمهما هدر لان وقوعه على ظهره اثر فعله
فصار منسبا الى قتل نفسه ولو سقطا على وجوههما فدية كل
واحد منهما على صاحبه لان وقوعه على وجهه اثر فعل صاحبه
فاضيف موت كل واحد منهما الى فعل صاحبه ولو سقط احدهما
على وجهه والاخر على ظهره فدم الذي يسقط على ظهره هدر
والذي وقع على وجهه على الاخر لما بينا ولو قطع انسان الحبل
فالضمان على القاطع لانه سبب الى موتهما ولو ان صبيا في يد ابيه
جذبه انسان منه والاب يمسكه حتى مات فديته على
جاذبه لان الاب محق في الامساك والاخر متعد في جذبه
فيضاف التلف الى فعله ولو تجاذب رجلان صبيا يدعي احدهما
انه عبده والاخر انه ابنه فالدية على الذي يدعي انه عبده
لان مدعي البنوة اولى به من مدعي الرق فكان محقا
في امساكه والاخر متعديا في جذبه ولو ان رجلا في يده ثوب
فتشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده فتخرق ضمن
المتشبث نصف الخرق لان التخرق مضاف الى فعلهما لان
جذب صاحب الثوب ليس بمتعين للدفع لامكان الدفع
بغيره فلم يكن محقا في الجذب كالاخر في التشبث فاضيف التخرق
اليهما بخلاف امساك الاب الصبي لان حفظه واجب عليه
فكان محقا في الامساك ولو عض ذراع انسان فجذبه فسقطت

اسنان العاض وذهب لحم ذراعه فدية الاسنان هدر
ويضمن العاض ارش الذراع لانه متعد في عضه والاخر محق
في جذبها لانه تعين طريقا لدفع الضرر ولو جلس رجل على
ثوب رجل فقام صاحب الثوب وهو لا يعلم به فانشق ثوبه قال
يضمن الجالس نصف ذلك لان الانشقاق مضاف الى فعلهما
لانه في جلوسه عليه متعدي وقيامه لم يتعين طريقا للدفع
ولو اخذ بيد انسان يصافحه فجذبها من يده فانقلب فمات فلا
شيء عليه لانه غير متعد للاخذ في المصافحة فلا يضاف
الموت اليه ولو اخذ بيده يعصرها فاذاه فجذبها منه يضمن
ديته لانه متعد في عصرها والاخر غير متعد في الجذب
لانه طريق في دفعه ولو قطع اصبع رجل عمدا وقطع اخر يده
من الزند فمات فالقصاص على الثاني وقال زفر والشافعي
يجب عليهما لان الموت حصل بفعلهما فصارا قاتلين له عمدا ولنا
انقطعت سراية قطع الاصبع بفوات محلها بفعل الثاني فلا
يضاف القتل الى الاول وعن ابي يوسف في رجلين قتل كل
واحد منهما ابن صاحبه عمدا وكان كل واحد منهما وارث الاخر
فلا قصاص عليهما لانه تعذر استيفاؤه لانه بايهما بدا اسقط
الاخر وقال زفر يبدا القاضي بايهما شاء فيسلمه الى الاخر حتى
يقتله ويسقط قصاص الاخر لان الحق ثابت قبل الاستيفاء وانما
يسقط الاخر ضرورة الاستيفاء فلا يمنع من الاستيفاء وقال
الحسن يوكل كل واحد منهما وكيلا يستوفي القصاص فيقتلهما
الوكيلان من غير فصل لان الاستيفاء بالتوكيل لا يسقط
فكان اولى ولو قطع يد رجل عمدا ثم ان المقطوع يده قتل

قتله

ابن القاطع عمدا ثم مات المقطوع يده من القطع وعلى القاطع
القصاص لانه عمد ايجب القود ولذلك المقطوع يده قتل
ابن القاطع عمدا لكن بموته سقط القود صدوره فوات
محله وعن ابي يوسف فيمن ارسل كلبا او طايرا او دابة
فاصاب في فوره انسانا فاتلفه فانه يضمن لانه يسبب بارسال
كلبه وبازيه الى تلفه فيضمن كما لو تسبب بارسال دابته
بلا فرق وعن محمد انه لا يضمن في الطاير والكلب و
يضمن في الدابة لان الدابة يقتل صدمها وهي تصلح الة
للمرسل في القتل بالصدمة فان ياخذها بيده ويضرب بها
عليه والكلب يقتل بجرحه وكذلك البازي وانهما لا يصلحان
الة له في القتل بالجرح لان المرسل لا يمكنه ان يجرح بنابه ومخلبه
ولو فقا عيني عبد لمولاه بالخيار ان شا سلمه الى الفاقي و
اخذ قيمته وان شا امسكه ولا شي له وقال ابو يوسف ومحمد
له ان يمسكه ويضمنه النقصان وقال الشافعي يمسكه
وياخذ جميع قيمته لان الواجب عنده بدل العينين المفقوتين
لكن قدر بدل الكل فيبقى الجثة على ملكه وعندنا الواجب
يشتمل على ضمان المالية والنفسية ان شا مال الى المالية
فضمنه النقصان وان شا مال الى النفسية فيفعل كما قال بو
وابو حنيفة يقول معنى النفسية اكمل فكان اعتباره اولى
من معنى المالية والواجب ان كان بدل ضمان النفس لكن
المولى يستحقه بسبب المالية فياخذ حكم المالية في حقه
من قبله بدل كل المالية فلا يبقى الجثة على ملكه
قال ابو يوسف اذا غصب رجل عبدا فقتل

قال ابو حنيفه

عنده قتيلا خطا فرده على مولاه فقتل عنده قتيلا فدفعه
المولى بالجنايتين رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة ودفعه
الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فيسلم له و
قال زفر ياخذ نصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية
الاولى لان النصف الماخوذ بدل النصف المدفوع الى
الاولى فلو دفع اليه كان جمعا بين البدل والمبدل وانه
لا يجوز ولنا ان حق الاول كان في ذلك العبد وقد وصل اليه
نصفه فيبقى حقه في النصف والعبد شي واحد فلا يظهر
التنصيف في حق الاموال ولو وطي زوجته فافضاها ثم ان
فلا ضمان في قول ابي حنيفة ومحمد لان التلف حصل من وطي
ماذون له فيه فلا يضمن وقال ابو يوسف اذا ماتت فالدية
على العاقلة وفي الافضا الدية في ماله لان الاذن وجد في الوطي
المعتاد دون غيره والموت والافضا حصلا بمجاوزة حده وانه
فعل اخر غير ماذون له فيه ولو كسر فخذها ضمن في قولهم لان
كسر الفخذ غير الوطي ولم يتناوله الاذن وذكر في الجامع الصغير
فيمن اقتض بكرا فافضاها لا يخلو اما ان يقتضها مطاوعة
من غير دعوى شبهة او مكرهة من غير دعوى شبهة
او يقتضها بشبهة ففي الوجه الاول يجب الحد عليهما ولا يجب
المهر لانه لا يجامع الحد ولا يضمن الافضا لان بمطاوعتها اذن
له فاثر في سقوط حقه وفي الوجه الثاني يجب الحد عليه
دونها لانها مكرهة ولا يجب العقر لوجوب الحد وفي الافضا
ان كانت يستمسك البول ثلث الدية لانه بمنزلة الجايفة وفي الجايفة
ثلث الدية لانه بمنزلة الجايفة وكذا هذا وان

كانت لا يستمسك

تستمسك البول ففيه كل الدية لانه تفويت منفعة الجنس
لا نظير له في البدن وفي الوجه الثالث يستوي الطواعية
والكراهية في سقوط الحد لانه وطي بشبهة فلا يكون زنا ويجب
في الافضاء ان كانت تستمسك البول ثلث الدية وان كانت
لا تستمسك فكل الدية والمهر يدخل في الدية في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يدخل لانهما مالان وجبا بسببين مختلفين
فلا يتداخلان لان احدهما وجب بالافضاء والاخر باستيفاء
منفعة البضع ولنا ان الدية بدل كل العضو وهو البضع
والمهر بدل جزء لان منفعة البضع الحقت بالاجزاء حكما و
المعتبر في الباب الحكم لا الحقيقة وبدل الجزء يدخل في بدل الكل
لانه لو لم يدخل ضمن الجزء مرتين وانه لا يجوز ولهذا دخل ضمان
الشجة في ضمان الشعر هذا اذا افتضها بالذكر واما اذا
افتضها بغيره من اصبع او حجر فقد ذكر في بعض النسخ
الافتضاض بالذكر وبنا عليه الافتضاض بغيره وذكر الجواب
في الفصول المتفق عليها والمختلف فيها كما ذكر في الافتضاض
بالذكر الا انه اوجب الارش في العمد في ماله وثم على عاقلته
لمكان الخطا وقال بعض مشايخنا لا فايدة في ذكر المهر
هاهنا لان وجوبه مختص باقتضاء الشهوة بالذكر وقيل يجوز
لانه انما اوجب المهر هاهنا بانه لخطر البضع حيث الحق
الافتضاض بالحجر بالافتضاض بالذكر وقيل يحتمل انه
وقع ذكره سهوا وعن الفقيه ابي الليث انه ذكر في مختلف
الرواية في كتاب النكاح في اخر باب العنين رجل تزوج امراة
فدفعها دفعة فاذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول بها

يجب نصف الصداق في قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
في رواية وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف في رواية يجب كل
المهر وذكر في كتاب العيون لكن في كتاب العيون وضع
المسالة في الصبية وفي مختلف الرواية في البالغة ولو ضرب
امراته بنشوز فماتت منه فهو ضامن وهو ضرب الاب
او الوصي الصبي للتاديب فمات ضمنا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يضمنان لانهما يعملان للصبي فلا
يضمنان كالامام اذا عزر ولنا ان اطلاق لهما التاديب مقيد
بالسلامة كالزوج في ضرب زوجته فاذا لم يسلم يضمن بخلاف
المعلم والاستاذ اذا ضربا الصبي باذن الاب او الوصي
او حيث لا يضمنان لان الاب الوصي مستوهب ومستعين
بالمعلم والاستاذ والمعلم والاستاذ واهبان عملهما للصبي
فلا يضمنان بخلاف الاب او الوصي فانه لا يهب عمله للصبي
بل يقيم حقا لحكم ولايته التاديب وانها مقيدة بالسلامة
ولو شهد الشهود على رجل بالقصاص فقضى القاضي به فقتله
ثم رجع الشهود او عاد المشهود بقتله حيا فلا قصاص على الولي
ولا على الشهود وقال الشافعي يجب على الشهود القود لانهم
تسببوا الى قتله تسببا قويا والتسبيب القوي يلحق بالقتل
العمد ولنا ان التسبيب وان قوي فهو دون المباشرة فلا
يجب به القود لفقد شرطه وهي المماثلة ويضمنون الدية
ولا يرجعون بها على الولي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يرجعون لانهم بالاداء نزلوا منزلته فان تعذر اظهار الملك
في نفسه اظهرناه في بدله لمن غصب مدبرا فغصبه منه اخر

تضمن المالك الاول رجع الاول على الثاني لانه وان تعذر اظهار الملك في نفس المدبر لكن لم يتعذر اظهاره في بدله قلنا هذا ضمان دم وانه لا يقبل الملك فتعذر اظهاره في بدله كما تعذر اظهاره في نفسه بخلاف المدبر فانه قابل لانه مال لكن امتنع الملك فيه لعارض وذلك العارض في ذاته دون بدله ولو اشترك الاب والاجنبي في قتل الابن فلا قصاص على الاجنبي وقال الشافعي يجب لان سبب وجوبه قتل عمد حرام محض وقد وجد من كل واحد منهما لكن سقط في حق الاب بمعنى يخصه وهو الابوة فبقي في حق الاخر كاجنبيين قتلا رجلا عمدا فعفي وليه عن احدهما لا يسقط القصاص عن الاخر كذا هذا ولنا ان الشريك غير قاتل فلا يجازى بالقتل لان القتل واحد وقد قام بهما فلا يكون قائما باحدهما او يقول قتل واحد حصل بفعلين لم ينعقد سببا لوجوب القود في حق احدهما فلا ينعقد في حق الاخر كالخاطئ مع العامد بخلاف الاجنبيين وذكر في المنتقى عن ابي يوسف في رجلين قتلا انسانا عمدا ثم عفي عن احدهما انه لا قصاص على واحد منهما وهذا خلاف المشهور من الرواية لانا نجعل كل واحد منهما كالمنفرد بالقتل فاذا ارتفع الحاصل بفعل احدهما بالعفو اخذ شبهة الارتفاع في حق الاخر فاورث شبهة في درء القصاص والله اعلم

كتاب الحدود

الحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه حدود الاشياء وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة شرعت مانعة للجناة عن الجنايات

الثامن عشر

يستوفي حقا لله تعالى والقصاص لا يسمى حدا وان كان عقوبة لانه حق العبد وكذا التعزير وان كان عقوبة لانها غير مقدرة والحد الواجب بالزنا نوعان رجم وجلد فالرجم موجب زنا المحصن فلا يجمع بينه وبين الجلد فان ماعزا رضي الله عنه زنا وهو محصن فرجمه رسول الله ولم يجلده وعليه الاجماع والجلد موجب زنا البكر والتغريب ليس بحد لكن الامام لو فعله مصلحة جاز وقال الشافعي يجمع بين الجلد والتغريب سنة لقوله عليه السلام والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ولنا قوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا الاية جعل كل موجبه الجلد لانه جعله جزاء والجزاء اسم لما يقع به الكفاية فانه يقال جازاه اي كافاه والمكافاة مفاعلة من كفى يكفي كفاية فلولا انه كل الموجب والا لما وقعت به الكفاية فاذا كان الجلد كل موجبه انتفى التغريب من ان يكون موجبا له ضرورة وما روي منسوخ فان اول ما نزلت في الزنا قوله واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله او يجعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا بقوله عليه السلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم انتسخ هذا بقوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا ثم خص منها المسلم المحصن فاستقرت الشريعة على الجلد في الابكار والرجم في المحصن والاحصان عبارة عن

عقل لانه شرط لوقوع الفعل جناية والحرية لان اسم الاحصان
يتناولها بدلالة قوله عز وجل فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب اي الحرائر والدخول بالمنكوحة في النكاح
الصحيح في الفرج على وجه يوجب الغسل من غير انزال
لان اسم الاحصان يتناول النكاح لقوله تعالى والمحصنات
من النساء اي المنكوحات وانما شرط الدخول بالمنكوحة
في النكاح الصحيح ليقع الغنية به عن الزنا لان من شبع
من الحلال يستغني عن الحرام وانما شرطنا النكاح صحيحا لان
الفاسد لا يفيد الحل وانما شرطنا ان المنكوحة حرة
لاكمال معنى الغنى لان في وطي الامة نقصان لانه يحتاج
الى العزل لصيانة مائه عن الرق والرجم نهاية في العقوبة
فيستدعي نهاية في الجناية والجناية انما تتناهى بتكامل
النعم والنعمة انما تتكامل بحال المنكوحة وحال المنكوحة
انما تتكامل بكونها حرة والاسلام عندنا وقال الشافعي
الاسلام ليس بشرط وهو احد قولي ابي يوسف لما روي
عبد الله بن عمر عن النبي عليه السلام انه رجم يهوديين قد
زنيا وقد كانا احصنا وقول عمر رضي الله عنه لولا قول
الناس زاد عمر رضي الله عنه في الكتاب لاثبتت في الحاشية
الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله
ورسوله والله عزيز حكيم وقد قراناه قرانا فان لم يثبت
انه قرانا فلا اقل من ان يكون خبرا مشهورا ولنا قوله
تعالى الزانية والزاني في الاية اوجب على كل زان وزانية
الجلد وهذا ان يجب عليه الجلد فاذا اوجب الجلد لا

يجب الرجم لامتناع الجمع لكن المسلم المحصن خص منه
لحديث ماعز فبقي الكافر داخلا تحته وحديث ابن
عمر منسوخ لانه كان حين دخل المدينة والاية نزلت
بعد ذلك وقيل انما رجمهما بحكم التورية لا بحكم القران
بدليل القصة وانها معروفة واحصان يتحد واحد من الزوجين
بشرط الصيرورة الاخر محصنا فان الحر اذا تزوج بامة
او صبية او مجنونة او كافرة ودخل بها لا يصير الزوج
به محصنا وكذلك في جانب المراة وقال ابو يوسف اسلام
المراة ليس بشرط حتى لو تزوج مسلم بكافرة يصير الزوج
محصنا لان الثيابة بالاصابة في النكاح الصحيح انما
شرطناها للاغنا عن الزنا ومعنى الاغنا انما يتكامل
الدخول بالحرة نكاحا صحيحا لان في وطي الامة
نقصان لما بينا وكذا في الصبية لان الرغبة تقل
فيها لوقوع الامن عن الولادة وكذا في المجنونة لان
الطبع ينفر عنها واما اسلام المراة فلا اثر في الاغنا فلا
يشترط ولنا ان الثيابة انما شرطت للدخول بالحرة المنكوحة
نكاحا صحيحا ليتكامل النعمة والنعمة انما يتكامل
بتكامل حال المنكوح وحال المنكوحة انما يتكامل
بالاسلام واذا ثبت احصان الزاني بالاقرار او البينة
فهو سوا ويرجم وكذلك اذا شهد الشهود انه جامعها
او باضعها لان في العرف مطلقهما ينصرف الى الجماع في الفرج
وكذا لو شهدوا انه دخل بها في قول ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا يكتفى بقولهم دخل بها لانه يستعمل للزفاف

والبنا ولنا ان مطلقه في العرف تنصرف الى الجماع في الفرج
لانه في العرف يستعمل كذلك

باب

صفة الزنا هو الزنا علم على الفعل المحظور والحد يسقط
بالشبهة فمعرفة مسايل الباب مبنية على معرفة حد الزنا الموجب
للحد والشبهة المسقطة له فنقول الزنا عند ابي حنيفة
ايلاج الرجل ذكره في قبل المراة ايلاجا محضا حراما
وهو المراد بقوله الزنا علم على الفعل المحظور وعند صاحبيه
والشافعي ايلاج الفرج في محل مشتهى على سبيل الكمال ايلاجا
محضا حراما والشبهة عنده هي المشابهة بينه وبين
الوطي الحلال في وقوعه عقيب المناسب للحل لكن
تقاعد انعقاده علة للحل لفقد شرطه لان ماخذها
من الشبه والمشابهة لاتحاد بينهما في حروف الاصل وهي
الثلاث على ما حققناه في الخلافيات في كتاب الحدود
وعند صاحبيه الشبهة بعض الحقيقة وهذه الشبهة لا
ينتفي الا بالتحريم المؤبد المتفق على تحريمه والشبهة على
ضروب شبهة في العقد والعقد اذا وجد حلالا او كان
حراما متفقا على تحريمه او مختلفا فيه علم الواطي بالحرمة
او جهل لا يجب الحد في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي اذا تزوج نكاحا مجمعا على تحريمه كنكاح
المحارم والخامسة واخت المراة فليس ذلك بشبهة ويجب
الحد على الواطي اذا علم التحريم وان لم يعلم فلا حد لان
الفعل وقع زنا خاليا عن شبهة الحل لان الشبهة بعض
الحقيقة والمحل لا يقبله لانها محرمة على التابيد بالاجماع

وتحريم المحل على التابيد اخرجه من ان يكون محلا قابلا
للحل من كل وجه فصار العقد مضافا الى غير محله فلغا
ولنا انه زنا تمكنت فيه شبهة الحل لانه يشابه الوطي
الحلال في وقوعه عقيب المناسب للحل وهو النكاح
المضاف الى محل قابل لحكمه حقيقة وهي الانثى من بنات
ادم قابلة للحرث والنسل فيسقط الحد لقوله عليه السلام
ادرؤا الحدود بالشبهات وانما اشترطوا العلم بالتحريم لان
رجلا زنا باليمن فكتب عمر ان كان عالما بان الله حرم
الزنا فحدوه وان كان جاهلا فعلموه فان عاد فاجلدوه
وان كان النكاح مختلفا في تحريمه كالنكاح بغير
شهود فلا حد فيه ويعزر للامام ولا يبلغ به اربعين
سوطا في قول ابي حنيفة وكذا اذا تزوج امة على حرة
او مجوسية او امة بغير اذن مولاها او العبد تزوج بغير
اذن مولاه فلا حد في قولهم لتمكن الشبهة عندهم لان الشبهة
عند ابي حنيفة مشابهته للوطي الحلال في وقوعه عقيب
المناسب للحل وهو عقد النكاح وقد وجدت وعندهما
الشبهة انما ينتفي بالتحريم على التابيد ولم يوجد وكذلك
اذا كانت الحرمة لامر عارض كوطي الحايض والنفسا
والصايمة والمحرمة والموطوءة بالشبهة والتي ظاهر منها
او الا منها وكذلك الامة المملوكة اذا حرمت عليه برضاع
او صهرية او كانت مجوسية او مرتدة او مكاتبة فلا حد
عليه وان علم بالتحريم لتمكن الشبهة لان الشبهة عند
ابي حنيفة ما بينا المشابهة بينه وبين الوطي الحلال

في وقوعه عقيب المناسب للحل وقد وجدت فان الملك
قايم في المحل وانه مناسب للحل لكن تقاعد انتهاضه
علة للحل لفقد شرطه وعندهما يثبت الحل وانما ينتفي
ذلك بالتحريم المؤبد ولم يوجد وكذلك لو وطي جارية
يملك بعضها وكذلك لو وطي جارية ابنه وهو يعلم بالحرمة
لانه يشابه الوطي الحلال في وقوعه عقيب المناسب
للحل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك وكذا
لو وطي جارية مكاتبه او جارية عبده المأذون سواء كان
عليه دين او لا وكذلك لو وطي الجد من قبل الاب وان علا
والكلام في ثبوت النسب مع شرايطه في كتاب
العتاق وكذلك الرجل من الغانمين اذا وطي جارية
من المغنم قبل القسمة فلا حد عليه وان علم بالحرمة لان
الحق ثبت له بالاستيلا وانه يورث شبهة في اسقاط
الحد ولا يثبت نسب الولد منه لانه حق عام فلا يظهر
في حق الافراد في ثبوت النسب والوطي في الدبر في انثى
كان او ذكر لا يوجب حد الزنا ويوجب التعزير
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب حد
الزنا لان اللواطة عندهم زنا وعند ابي حنيفة ليست
بزنا بدليل استقامة نفي اسم الزنا عنها فانه يقال لاط
وما زنا او زنا وما لاط فصل في الشبهة الشبهة نوعان
شبهة في المحل وشبهة في الفعل والشبهة في المحل في ست
جارية الابن لان النبي اضافها اليه بلام الملك وهو
قوله انت ومالك لابيك فان لم يفد حقيقة الملك فلا

اقل من ان يفيد شبهته والمطلقة بالكناية نحو قوله
انت خلية انت برية ما دامت معتدة لان العلما به
اختلفوا في الكنايات انها بواين او رواجع واختلافهم
اورث شبهة بخلاف اختلاف الناس في المطلقة ثلثا
حيث لا يورث شبهة لان ثبوت الحرمة بالثلث منصوص
عليه فلا يسوغ اجتهاد فيه والجارية المبيعة قبل
التسليم في حق البايع لان اليد الثابتة قبل التسليم
بعد البيع غير اليد الثابتة قبل البيع والجارية المجعولة
مهرا قبل التسليم في حق الزوج لان اليد الثابتة له قبل
التسليم عين اليد الثابتة له قبل التزوج عليها والجارية
المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه قايم في البعض والجارية
المرهونة في حق الراهن لانها مملوكة له فوطيهن لا يوجب
الحد سوا ادعى الظن او لا لان الفعل لم يقع زنا وبهذا
يثبت النسب اذا ادعى وشبهة الفعل في سبع في جارية
الاب وجارية الام لان لكل واحد منهما بسوطة يد في
مال صاحبه وجارية الزوجة والمطلقة ثلثا ما دامت
في العدة لان اثر النكاح باق ما بقيت العدة فيلحق الاثر
بالمؤثر وام الولد ما دامت تعتد منه والعبد اذا وطي جارية
مولاه لان له بسوطة يد في مال السيد والجارية المرهونة
يطاها المرتهن في رواية كتاب الرهن لان الثابت له
عليها يد استيفا ينقلب حقيقة عند الهلاك وذكر في
كتاب الحدود يحد المرتهن ولا يعتبر ظنه فوطي واحدة
منهن لا يوجب الحد اذا ادعى الظن بان قال ظننت انها

يحد لا ويجب الحد اذا لم يدع لان الفعل زنا في نفسه بدخوله
في حد الزنا لانه ليس في المحل ملك ولا شبهة ولهذا
لا يثبت النسب اذا ادعى لان النسب يستدعي ثبوته
ملكا في المحل او حق ملك ولم يوجد وانما لم يجب الحد اذا
ادعى الظن لاشتباه الامر عليه ومستنده قضية عمر
في كتابه الى اليمن في الرجل الذي زنا باليمن ولو
ادعى احدهما الظن دون الاخر لا يجب الحد حتى يقرا
بانهما علما بالحرمة لان الشبهة في الفعل اذا تمكنت في
احد الجانبين تعدت الى الاخر واما الجارية المستاجرة
والوديعة والعارية فيحد واطيها وان قال ظننت انها
تحل لي لان ظنه ليس له مستند فلا يعتبر ومن عدا
الوالد والوالدة ومن بمعناهما في الولاد من ذي الرحم
المحرم كالاخ والاخت اذا وطي جاريته يحد وان قال
ظننت انها تحل لي لان الفعل خلا عن الشبهة لان
ظنه انما يعتبر اذا استند الى دليل ولم يستند فلا يعتبر
وكذا اذا وطي جارية ذات رحم محرم من امراته ولو طلق
زوجته بعوض او خالعها فينبغي ان تكون كالمطلقة ثلثا
لان الحرمة ثابتة بالاجماع بخلاف المطلقة طلاقا باينا
لما بينا ولو زفت اليه غير امراته فقال ظننتها امراتي
لم يحد ولو جاءت بولد يثبت النسب لانه لا يجد دليلا على
كونها منكوحة لو سرى الاخبار وقد وجد فقدر الحل
النكاح في حقه دفعا للضرر الغرور وكذا اذا اشترى
امة فوطيها فاستحقت لانه لا يمكنه ان يعرفها بدليل

غيرها ولو وطي امراة اجنبية وقال ظننتها امراتي او
شبهتها بامراتي او بجاريتي يحد لان ظنه لم يستند الى دليل
وعن محمد في رجل اعمى دعا امراته فاجابته غيرها فوقع
عليها يحد لانه يمكنه معرفتها بالاستنطاق والسوال
فاذا لم يفعل فلم يستند ظنه الى دليل بخلاف ما اذا اجابته
فقالت انا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب كالمزفوفة
الى غير زوجها لان ظنه استند الى دليل وهو اخبارها
بانها زوجته بخلاف الفصل الاول لانها لم تخبر بانها زوجته
وان كان بصيرا لا يحد لان له طريق المعرفة وهو البصر
ولو ان الاعمى وجد امراة في بيته فوقع عليها وقال ظننتها امراتي
حد لان ظنه لم يستند الى دليل وهو الخبر وقد يكون في
بيته امراته وقد يكون غيرها ولو ان الاعمى وجد في فراشه
او حجلته امراة فوقع عليها وقال ظننتها امراتي قال ابو يوسف
لا يحد وقال زفر لا حد لان ظنه استند الى دليل وهو
كونها في فراشه لان الظاهر ان الاجنبية لا تكون
في فراشه وحجلته وانما انه محتمل احتمالا لا على السوا لانه
كما يحتمل انها امراته يحتمل انها اجنبية فلم يكن دليلا
والله اعلم

باب الاقرار

بالزنا هو الحد لا يتعلق بالاقرار حتى يقر اربع مرات في
اربعة مجالس مختلفة من مجالس المقر دون القاضي
وقال الشافعي يقام بالاقرار مرة واحدة لان الاقرار حجة
في نفسها لا يشترط فيه العدد كما في ساير الحوادث بخلاف
الشهادة فان شهادة الثاني تفيد زيادة غلبة ظن لم يفد

الاول وكذلك الثالثة والرابعة بخلاف تكرار الاقرار
فانه لا يتعلق به زيادة ظن ونحن تركنا القياس بالخبر
وهو ما روي ان ماعزا اقر عند رسول الله بالزنا فاعرض
عنه بوجهه حتى اقر اربعا فقال له الان اقررت اربعا
فبمن فلو ظهر الزنا بالاقرار مرة لما اخر لانه لا يحل للامام
تاخير الحد بعد ظهوره عنده وعن الصديق انه قال لما
عز بعد الثالثة اذا اقررت الرابعة رجمك النبي وعن
ابي هريرة او ابي بريدة كنا نقول لو جلس ماعز في بيته بعد
الثلثة لما رجمه الرسول فدل هذا على شيوع الحكم بينهم
وانما شرطنا مجالس المقر لان ماعزا لما اقر به عند النبي
فاعرض عنه فخرج من المسجد ثم عاد فاقر هكذا فعل
اربعا وينبغي للامام ان يزجره عن ذلك ويظهر الكراهة
له ويامر بتنحيته فان اقر في الرابعة ينظر في حاله امو صحيح
العقل او لا لان النبي كان يقول له ابك جنون ابك
خبل ثم بعث الى اهله يسالهم عن حاله فان عرف صحة
عقله ساله عن الزنا ما هو لاحتمال انه اشتبه عليه الزنا
الموجب للحد فان اسم الزنا يقع على غيره بدليل غيره بدليل
قوله عليه السلام العينان تزنيان واليدان تزنيان و
الرجلان تزنيان ثم الفرج يحقق ذلك او يكذبه و لهذا
كان يقول الرسول لماعز لعلك لمستها او قبلتها و لهذا
يسال كيف زنى لاحتمال ان يشتبه عليه ان الجماع
فيما دون الفرج زنا واين زنا لاحتمال انه زنا في دار الحرب
او في بلد اهل البغي فلا الحد وبمن زنا لان النبي قال الان

اقررت فبمن ولانه يحتمل انه زنا بجارية الابن فلا يجب
الحد ولا يسال في الاقرار متى زنا ويسال ذلك الشهود
لان التقادم لا يؤثر في الاقرار ويؤثر في الشهادة على ما
ياتي بيانه ويجوز ان يسال في الاقرار ايضا لاحتمال انه
زنا حالة الصبي ويساله بعد ذلك امحصن هو ام لا لان حد
المحصن غير حد الزنا البكر فان اقر بالاحصان ساله
عن الاحصان ما هو لان شرايط الاحصان تخفى على
الفقها فكيف على غيرهم وذكر في الاصل اذا قال المقر
لست بمحصن وشهدت عليه الشهود بالاحصان رجمه الامام
ولا يكون هذا كالرجوع لانه مصر على الاقرار بالزنا صريحا
فلا يتحقق الرجوع عن الاقرار مع الاصرار عليه ولو اقر
انه زنا بفلانة وهي غايبة حد استحسانا ولا يحد في
القياس لاحتمال انها لو كانت حاضرة دارئة للحد ادعت
شبهة درأت الحد عنه ولنا ان ماعزا اقر بانه زنا بامة
لآل فلان وهي غايبة فرجمه الرسول ولانها لو كانت حاضرة
فادعت الشبهة درئ الحد فاحتمال دعواها الشبهة شبهة
الشبهة فلا تعتبر وسوا اقر في مجلس القاضي اربعا قبل ان
يقوم من مجلسه او اقر في كل شهر مرة لما بينا ان التقادم
لا يؤثر في الاقرار ويؤثر في الشهادة فان الشهود اذا شهدوا
على رجل بزنا او سرقة او شرب خمر بعد حين لا يقبل لان
الشاهد في الحدود يتخير بين الستر والاظهار حسبة فاذا
اخر حمل امره على الستر لانه اذا اختار الاظهار يحمل له
التاخير فاذا شهد بعد ذلك حمل على ان الضغينة حملته على

ذلك فلا يقبل شهادته لهذه التهمة الزائدة التي يمكن الاحتراز
عنها بخلاف الاقرار فانه لا يتمكن فيه هذه التهمة وبخلاف
حد القذف وحقوق العباد حيث يقبل الشهادة عليها
بعد التقادم لعدم هذه التهمة لان الشهادة يتوقف على الدعوى
والطلب فلا يتهم بالتاخير الدعوى وبخلاف السرقة حيث
لا يقبل الشهادة بعد حين وان لم توجد التهمة فيها لان
الشهادة في السرقة يتوقف على الدعوى والطلب كما في حقوق
العباد لان التهمة وان لم يتمكن في الشهادة لكنها تمكنت
في الدعوى لان المسروق منه مخير بين الستر حسبة بان يدعي
الاخذ المطلق ولا يدعي السرقة وبين الاظهار حسبة
اقام الحد واذا اخر الدعوى فقد اختار الستر ولا له
فاذا ادعى بعد ذلك فقد تمكنت في دعواه تهمة الضغن
ففسدت الدعوى فلا يقبل الشهادة بناء على دعوى فاسدة
وقدر في الكتاب التقادم بستة اشهر استدلالا بقوله اذا
شهدوا بعد حين لان الحين يطلق على ستة اشهر بدلالة
قوله تؤتي اكلها كل حين ومحمد قدره بشهر لان الشهر
وما فوقه في حكم الاجل ولم يقدره ابو حنيفة بشيء بل فوض ذلك
الى راي كل قاض في زمانه وقدره ابو حنيفة وابو يوسف
في الشرب بانقطاع الرائحة في الاقرار والشهادة وعند محمد
التقادم لا يؤثر في الاقرار بشرب الخمر كما لا يؤثر في الاقرار
بالزنا ولهما ما روي ان رجلا جاء بابن اخ له الى ابن مسعود
فاعترف عنده بشرب الخمر فقال لبئس ولي اليتيم انت هذا
اذ بته صغيرا وسترت عليه كبيرا ثم قال ترتروه ومزمزوه

واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فقيد الجلد
بقيام الرائحة في الاقرار ولم ينكر عليه غيره فحل محل
الاجماع وقال زفر اذا اقر بالزنا بعد حين لا يقبل منه بقياسه
على الشهادة ونحن نفرق بينهما بما ذكرنا وذكر ابي حنيفة عن
ان المجالس المتفرقة ان يذهب المقر بحيث لا يراه ولا يكون
معه في المجلس ثم يجيء فيقر اقرارا مستقبلا لما روينا من حديث
ماعز واما الاقرار بغير الزنا فيعتبر مرة واحدة في قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف كل ما يسقط بالرجوع يعدد
الاقرار فيه كعدد الشهود اعتبارا بالزنا ولهما ان اشتراط
العدد في الاقرار بالزنا عرفناه نصا غير معقول المعنى
فيقتصر على مورده ولا يتعداه ولو اقر عند غير الامام لا يجوز
ذلك الاقرار ولا يقبل الشهادة عليه لانه لا يخلو اما
ان يكون مقرا او جاحدا فان كان مقرا لم يوجد شرط قبول
الشهادة وان كان منكرا فهو رجوع عن الاقرار فيسقط
به الحد فان رجع المقر عن اقراره قبل الحكم او بعده او بعد
ما حل له بعض الجلد او رجم ولم يقتل بعد فانه يدرا عنه
ه الحد لان ماعزا فر من موضع قليل الحجارة الى موضع كثير
الحجارة الحديث فجعل النبي ؏ فراره دليل الرجوع حيث قال
هلا تركتموه اذ فر فيخرجه ادمي والذمي كالمسلم في الاقرار
لانهما سواء في حق الحكم والعبد اذا اقر بالزنا اربع مرات
حد وقال زفر لا يحد اذا كذبه المولى لان اقراره يتضمن
ابطال حق السيد فلا يصدق في حقه الا انه يصدق في حقه ولنا
الحد يتعلق به من حيث انه ادمي لا من حيث انه مال ...

المالية تبطل ضرورة ولان اقراره بالحد على نفسه لا تهمة
فيه فيكون حجة والاخرس اذا اقر بالزنا اربع مرات
في كتاب او اشارة لا يحد لانها تجري مجرى الكتابة منه
والزنا لا يثبت بالاقرار بطريق الكتابة ولو شهد الشهود
عليه بالزنا لا يقبل لاحتمال انه لو كان ناطقا ادعى شبهة
دارية للحد والاعمى كالبصير في الاقرار لمساواته
في آلة الاقرار واهليته وكذا الذي يجن ويفيق اذا
اقر بالزنا في حال افاقته او شهدت عليه الشهود فهو
كالصحيح والمجبوب اذا اقر بالزنا او شهدت عليه الشهود
لم يحد لان الزنا لا يتصور منه فكان الاقرار والشهادة
كذبا والخصي اذا اقر او اقامت عليه البينة حد وكذا
العنين لان لهما آلة الزنا لان اشد الجماع جماع الخصي

باب

كيف يقام الحد هو اذا حكم بالرجم امر الشهود ان يبدوا
بالرجم ثم الامام ثم الناس وقال الشافعي بداية الشهود ليست
بشرط لانهم فيما يرجع الى الاستيفا كغيرهم فلا يشترط بدايتهم
كسائر الحدود ونحن تركنا هذا القياس لما روي عن علي
رضي الله عنه انه قال يرجم الشهود ثم الامام ثم الناس
ولان في بدايتهم نوع احتياط وهو انهم ربما يستعظمون قتله
فيرجعون عن شهادتهم ان شهدوا كذبا بخلاف سائر
الحدود ولان الاثم لم يرد فيها ولا يربط المرجوم ولا يمسك
ولا يحفر له ان كان رجلا لكن يقام قائما وينصب للناس
ويرجم لان النبي عليه السلام لم يحفر لماعز حين رجم ولم يربطه

يدل عليه انه هرب وان كانت امراة فان شاء حفر لها
وان شاء لم يحفر لان النبي حفر للغامدية واخذ حصاة مثل
الحمصة ورماها ولان ذلك استر لها وان شاء لم يحفر لان الستر
يحصل بثيابها ولو امتنع الشهود او بعضهم عن البداية
او مات او غاب او عمي او جن او خرس او ارتد او قذف فحد
الحد لم يرجم المشهود عليه لفقدان شرطه وهو بداية الشهود
وروي عن ابي يوسف انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام
لان بدايتهم ليست بشرط عنده بخلاف العمى والخرس والجنون
والردة وكونه محدودا في القذف لان هذه الاشياء تؤثر
في ابطال اداء الشهادة فاعتراضها بعد القضا قبل الادا
كاعتراضها قبل القضاء واعتراضها قبل القضا يمنع القضا
فكذا بعده وعن محمد في الشهود اذا كانوا مقطوعي
الايدي او مرضى لا يستطيعون الرمي فان الامام يرمي ثم الناس
لان المرض وقطع الايدي لا يحدث تهمة ولا شبهة الرجوع
بخلاف الموت والغيبة فان فيهما احتمال الرجوع اذا
كان حاضرا او حيا ولا باس لكل من رماه ان يتعمد مقتله
لان المقصود منه القتل الا اذا كان ذا رحم محرم من
المرجوم فانه لا يستحب له ان يتعمد قتله لان حنظلة بن
عامر استاذن رسول الله في قتل ابيه الكافر فقال دعه
يليه غيرك او يكفيه غيرك لانه امر بمصاحبتهما بالمعروف
في الدنيا والقتل ضدها فلا يباح له ذلك الا الضرب واشد التعزير
عندنا اشد الضرب لان فيه تخفيفا ونقصانا فيجبر بشدة
الضرب ثم الجلد في الزنا لانه منصوص عليه في الكتاب

على وجه لا ياخذه الرافة في اقامته ثم حد الشرب لانه غير
منصوص عليه وانما الحق بحد القذف استدلالا فانه نقل
عن علي رضي الله عنه انه قال اذا شرب سكر واذا سكر
هذى واذا هذى افترى وحد المفترى في كتاب الله
ثمانون جلدة وكان الضرب في زمن النبي صلى الله عليه بالنعال
والجريد فصير الى السوط في زمان عمر باجماع الصحابة ثم حد
القذف وحد القذف وان كان منصوصا عليه في الكتاب
لكن جرى التخفيف فيه لاحتمال انه كان صادقا فقصد
به الحسبة لكن عجز عن اقامة الشهود ويجرد في التعزير
وحد الزنا وكذلك في حد الشرب في رواية المشهورة لانه
ابلغ في الزجر وعن محمد انه لا يجرد في الشرب واما في
حد القذف فلا يجرد لانه شرع على وجه التخفيف لكن
ينزع عنه الحشو والفرو لكيلا يخل بالمقصود وهو الزجر
واما المراة فلا ينزع عنها ثيابها في ساير الحدود لانها
عورة وفي التجريد كشف العورة الا الحشو والفرو وقال
ابو حنيفة الجلد في الاعضاء كلها ما خلا الفرج والوجه والراس
لان الراس موضع العقل والوجه مجمع الحواس والفرج مقتل
والحد شرع زجرا لا قتلا وقال ابو يوسف يتقي البطن
والصدر ايضا ويضرب الراس سوطا او سوطين اذا لم يخف
التلف او يفرق على الكتفين والذراعين والعضدين
والساقين والقدمين لان البطن والصدر مقتل ولان الجمع
يؤدي الى التلف واما في الظهر فلا يفرق وقال ابو حنيفة
لا يبلغ في التعزير اربعين سوطا وقال ابو يوسف في التعزير

على قدر عظم الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم من احتمال
المضروب فيما بينه وبين اقل من ثمانين والاصل فيه قوله عليه
السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين قال ابو حنيفة
اربعين جلدة حد العبيد فلا يبلغه وابو يوسف يقول الحد
المطلق حد الاحرار والمشروع في حق العبيد نصف الحد
لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
قلنا اربعين حد كامل في حقهم لان الحد لا يتجزى وروى
عن ابي يوسف انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب التعزير
في المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف
وقال ابو حنيفة يضرب المراة الحد وهي قاعدة ولا ينزع عنها
شي من ثيابها لانه استر لها وقال ابو يوسف الا الفرو والحشو
التي لم تجر بها العادة لانه يمنع المقصود وهو الزجر ولا
يقام حد في مسجد لما روي عن ابن عباس عن النبي عليه السلام
انه قال لا يقام الحدود في المسجد ولا يقام على مريض حتى
يبرا ولا على حامل حتى يضع ولا على نفساء حتى تنقضي اشد
النفاس لان العامرية لما اقرت بالزنا وهي حامل قال
لها النبي اذهبي حتى تضعي ولان اقامة الحد في هذه الحالات
يؤدي الى التلف بخلاف الرجم حيث يقام في الاحوال كلها
الا على الحامل لان الرجم قتل فلا يحترز عما يفضي اليه الا اذا
كانت حاملا لان فيه اتلاف حملها وتحد الحايض في حال
حيضها ولا يضرب بسوط له ثمرة لانه يجرح والمعتبر حد يولم
لا جارح ويقيم الحد من يعقل ويبصر ويضرب ضربا بين الضربين
ليس بالضرب المبرح ولا بالضرب الذي لا يوجد منه مس لان

لان الاول يودي الى التلف والثاني يخل بالمقصود وهو
الزجر واذا قتل المرجوم دفع الى اهله فيغسلونه ويكفنونه
ويصلون عليه لقوله عليه السلم في ماعز اصنعوا به ما يصنعون
في موتاكم ولو هرب ولم يرجع عن اقراره لم يتعرض له لما ورد
في حديث ماعز ولو ثبت على الزنا ورجع عن الاحصان
جلد ولم يرجم لان رجوعه عن الزنا يصح فعن الاحصان
اولى باب

الاقرار بالزنا واحدهما منكر ثم اذا اقر بالزنا وادعت
المراة النكاح قبل الحد درئ عنه الحد لان دعواها محتمل
للصدق فاورثت الشبهة في الجانبين لان النكاح يقوم بهما
وعليه المهر للمراة لان الوطي لا يخلو عن عقوبة او غرامة
وقد انتفت العقوبة فتجب الغرامة وان كان بعدما
حد الرجل فلا مهر لها لان دعوى النكاح دعوى المهر
وانه ينكر ولو اقر احدهما بالزنا وانكر الآخر فلا حد على
المقر في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يحد
الرجل لان الموجب للحد ظهر باقراره في حقه فلا يسقط
بانكار غيره ولنا انه بالانكار انعدم الفعل او التمكين
فيتعدى الى الآخر ضرورة لان احدهما بدون الآخر لا يتصور لان
الزنا يقوم بالزاني والمحل وعن ابي حنيفة فيمن اقر بالزنا
وادعت المراة الاستكراه حد الرجل دونها لانها ما انكرت
اصل الفعل فلم ينعدم المحل وانما ادعت معنى يخصها فيختص
السقوط بها ولو اقر انه زنا بمجنونة او صبية يجامع مثلها حد
لان فعله وقع زنا لدخوله في حد الزنا وهو ايلاج الذكر

في قبل المراة ايلاجا محضا حراما ولو اقرت المراة انها
زنت بمجنون او صبي فلا حد عليها وقال الشافعي تحد
لوجود الزنا منها وهو اقتضاء الشهوة على وجه محض
حراما وقد وجد منها كما وجد منه اذا زنا بصبية او
مجنونة ولنا انها غير زانية حقيقة لان حقيقة الزنا
لا يتصور منها وهو ايلاج الذكر في قبل المراة ايلاجا محضا
حراما وانما سميت زانية مجازا لكونها متسببة من الزنا
ولم يوجد ههنا التسبب من الزنا منها لان فعل الصبي
والمجنون ليس بزنا لانه ليس بحرام يواخذ به في العقبى ولو
زنا الحربي المستامن في دار الاسلام او الحربية المستامنة
لم يحد في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحد لان
المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا فاشبه
الذمي ولهذا اذا قذف يحد ولنا انه ما التزم احكامنا فيما
بينه وبيننا لا فيما بينه وبين الله تعالى لانه دخل ليعاملنا
فيواخذ بحقوقنا دون حقوق الله تعالى وحد القذف
حق العبد فيواخذ به بخلاف حد الزنا فانه حق الله
تعالى فاشبه زناه في دار الحرب ولو زنا المستامن بمسلمة
حدت المراة دونه في قول ابي حنيفة وقال محمد لا تحد لان
فعلها تبع لفعل الرجل فيأخذ حكمه لانه تسبب من فعل
الزنا ولنا ان فعل الرجل زنا فيكون فعلها زنا تبعا له الا انه
لا يحد لانقطاع ولاية الامام عنه وهذا المعنى معدوم في حقها
لانها تحت ولايته ولو زنا المسلم بحربية في دار الاسلام
حد المسلم في قولهم لان فعله وقع زنا حال وجوده [illegible]

واذا اقر

انه زنا بخرسا او امراه زنت باخرس فلا حد على واحد منهما
لاحتمال انه لو كان ناطقا او ناطقة ادعت شبهة تدرا
الحد ه باب
الشهادة على الزنا ه لا يقبل على الزنا اقل من شهادة
اربعة لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله
لولا جاوا عليه باربعة شهدا فان شهد اقل من اربعة فهم
قذفة يحدون اذا طلب المشهود عليه وقال الشافعي ان جاوا
مجي الشهود لم يحدوا لانهم لما جاوا مجي الشهود فقد قصدوا
اقامة الحسبة فلم يقع كلامهم جناية ولنا ما روي انه
شهد ثلثة على المغيرة بالزنا عند عمر فقام الرابع وقال
رايت اقداما بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم
ما ورا ذلك فقال عمر الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من اصحاب
محمد عليه السلام وحد الثلثة وكان ذلك بمحضر من الصحابة
ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ولان الله اوجب حد
القذف اذا عجزوا عن اثبات اربعة من الشهدا لقوله ولم
ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ولم يوجد هاهنا ولو جاوا متفرقين
يشهدون على الزنا واحد بعد واحد فهم قذفة يحدون وان
كثروا لان اتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة في باب الزنا
لان كلامهم متردد بين ان يكون قذفا وبين ان يكون
شهادة وانما ينتفي كونه قذفا باتحاد المجلس لان وقوع
شهاداتهم دفعة واحدة متعذر فجعل الشهادة منهم في مجلس
واحد كشهادتهم دفعة واحدة ولم يوجد اتحاد المجلس وعن
محمد اذا كانوا قعودا في موضع الشهود فجاوا واحدا بعد

واحد فالشهادة جائزة وان كانوا خارجين من المسجد
ضربوا الحد فلا يقبل الشهادة على الزنا بعد تقادم العهد
لما مر وقد تقدم الكلام في تقديره ولو كان المشهود
عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد الحاكم جازت
الشهادة وان تاخرت لان عمر رضي الله عنه سمع الشهادة
على المغيرة بالزنا وانه كان اميرا بالبصرة ولو شهدوا بالزنا
المتقادم فقد حكي الحسن انهم يضربوا الحد لان كلامهم
لم يبق شهادة فصار قذفا قال ابو الحسن الطاهر ان لا يجب
عليهم الحد لاحتمال انهم اخروا العذر فاورث ذلك شبهة
مع بقا اصل الشهادة فاثرت الشبهة في درء الحد ويسال
الشهود عن الزنا ما هو وكيف زنا ومتى زنا وبمن زنا كما
ذكرنا في الاقرار بالزنا فان قالت الشهود زنا بامراة لا نعرفها
لم تجز شهادتهم لاحتمال ان يكون زوجته او امته ولو اقر
انه زنا بامراة لا يعرفها اقيم عليه الحد لانه لا احتمال فيه
والشهادة على الاحصان كالشهادة على الاموال يثبت بشهادة
رجلين او رجل وامراتين وقال زفر لا يثبت بشهادة النسا
لان الاحصان شرط بمعنى العلة لانه يصير الزنا علة لوجوب
الرجم لانه يثبت للزنا وصف التغلظ به يصير علة فيلحق
بالعلة لان معنى العلة مع العلة جار مجرى الشبهة مع
الحقيقة والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الزنا ولهذا اذا شهد
نصرانيان على عبد نصراني وهو مسلم انه اعتق قبل الزنا
يقبل شهادتهما ولنا ان شهادة رجل وامراتين تقبل شهادة
رجلين فيما ليس بعقوبة ولا علة عقوبة والاحصان

ليس بعقوبة ولا علة عقوبة لانه عبارة عن خصال حميدة
فيقبل فيه شهادة رجل وامراتين كما يقبل شهادة رجلين
لان مثل الشي ما ينوب منابه ويسد مسده اية ان شهادة
رجل وامراتين مثل شهادة رجلين فيما ذكرنا قوله
تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين
فرجل وامراتان فسر الشهيدين برجلين او رجل وامراتين
والتفسير والمفسر واحد ولانه لان المراة لا يفارق الرجل
الا في آلة الضبط وهو العقل لان عقلها ناقص لكن انجبر
نقصانه بانضمام اخرى اليها والناقص المنجبر والكامل سوا
قوله الاحصان شرط بمعنى العلة ممنوع وبيانه وهو ان الشرط
الذي هو بمعنى العلة ما يدعو الى الحكم بواسطة الدعا الى
العلة والاحصان يمنع وجوب الرجم بواسطة المنع عن
وجود الزنا لان الاحصان نعمة والنعم توثر في المنع عن
المعصية وما يكون مانعا لا يكون داعيا فاذا كان
الاحصان مانعا عن وجود الزنا لا يكون مثبتا وصف
التغلظ فيه وانما لم يقبل شهادة النصرانيين على عبد مسلم
لنصراني لانها شهادة على المسلم بشرط الاحصان وشهادة
الكافر على المسلم لا يقبل ولو تعمد الشهود النظر الى الزاني
حتى يثبتوا الايلاج على الصفة التي ذكرنا جاز لان
الحاجة ماسة الى النظر لاقامة الشهادة فرخص لهم في
ذلك حسبة كما رخص للطبيب النظر الى الفرج حالة المعالجة
والقابلة عند الولادة لمكان الحاجة فكذلك ههنا

باب

الرجوع عن الشهادة وما في معناه هـ اذا رجع احد
الشهود قبل الحكم حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع وحده
لان كلامهم وقع شهادة لتمام العدد فرجوع الواحد
لا يوثر في حق غيره لان رجوعه صح في حقه دون غيره ولنا
توقف كون كلامهم شهادة على اتصال القضا ولم يوجد
فبقي قذفا ولو رجع احدهم بعد الحكم قبل الاستيفا قال
ابو حنيفة وابو يوسف يحدون وقال محمد يحد الراجع
وحده لان كلامهم وقع شهادة باتصال القضا به فلا ينقلب
قذفا برجوع احدهم ولنا ان الاستيفا من القضا في
باب الحد فالمعترض بعد القضا قبل الاستيفا كالمعترض
قبل القضا ولو رجع قبل القضا حدوا فكذا بعد القضا
ولو رجع احدهم بعد استيفا الجلد حد الراجع وحده لان الرجوع
بعد الاستيفا لا يوثر في حق غيره قال ابو حنيفة لا ضمان
على الراجع من ارش السياط وكذا لو مات من الجلد
وقال ابو يوسف يضمن لانه تسبب الى النقصان والتلف
بشهادته على وجه التعدي فيضاف الاثر اليه قلنا اثر
الشهادة في الوجوب لا في الوجود فيضاف الوجوب اليه دون
الوجود ولو كان الحد رجما فمات المرجوم ثم رجع احد الشهود
فعلى الراجع الحد وقال زفر لا يجب لان بالرجوع ظهر ان
كلامه السابق وقع قذفا حين وجوده فصار كانه
قذفه حيا ثم مات فانه لا يحد لان حد القذف لا يورث
كذا هذا ولنا ان كلامه حين وجوده وقع شهادة
وبالرجوع انقلب قذفا الا انه ظهر انه كان وقع قذفا

لان عمل الشهادة عندنا في الاثبات فيكون الرجوع نقضا
للثابت بالشهادة فيصير كلامه قذفا بعد انتقاض
الشهادة فيصير قاذفا بعد الموت فيحد ولو كان الشهود
خمسة ثم رجع واحد امضي الحد على المشهود عليه بشهادة
من بقي لانه بقي من يقوم به الحجة فان امضي ثم رجع اثنان
ضمن الراجعان ربع الدية لانه بقي من يقوم بثلثة ارباع
الحق فيكون التالف بشهادتهما الربع ولو شهد اربعة
فساق على رجل بالزنا فلا حد على واحد لان الفساق
اهل للشهادة فصار كلامهم شهادة فلم يوجد العجز عن
اثبات اربعة من الشهداء لكن القاضي لا يقضي بشهادتهم
بالحد لعدم العدالة ولو شهد ثلثة بالزنا ورابع على شهادة
غيره حد الثلثة ولم يحد الذي شهد على شهادة غيره لانه
حكى قذف غيره فلا يكون قاذفا بخلاف الثلثة فانهم قذفة
لان كلامهم لم يصر شهادة لنقصان العدد فبقي قذفا ولو
كان احد الشهود الاربعة عبدا او مكاتبا وصبيا او اعمى
او محدودا في قذف حدوا جميعا لان هولاء ليسوا باهل للشهادة
اما الصبي والعبد والمكاتب فليسوا اهلا للشهادة والاعمى
والمحدود في القذف ليسا اهلين لاداء الشهادة فانتقص
العدد فصار كلامهم قذفا فحدوا وان علم بذلك بعد ان اقيم
الرجم لم يحدوا لان كلامهم ما صار شهادة باتصال القضا
لما ثبت انهم ليسوا باهل بل ظهر ان كلامهم وقع قذفا حالة
وجوده فصاروا قاذفين له حيا ثم مات فلهذا لا يحدون
والدية في بيت المال لان التلف حصل بخطا القاضي ولهذا

١٨٤

عامل للعامة المسلمين فيكون ضمان خطابه في بيت مالهم
ولو شهد الزوج وثلثة نفر على امراة بالزنا فلم يزك واحد
منهم حد الثلثة ولاعن الزوج لان زناها لم يثبت فاوجب
قذف الزوج لعانا وحد الثلثة لان كلامهم وقع قذفا لنقصان
العدد ولو شهد اربعة بالزنا بامراة فشهد اثنان انها
طاوعته والاخران انه استكرهها فلا حد على واحد منهما
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل وحده ولا
حد على الشهود في قولهم لان الاكراه في جانبها لا يورث
خللا في جانبه فكان الاتفاق منهم واقعا على الوجوب في
جانبه ولنا الفعل عن طوع يوجب حدين وعن كره حدا
واحدا فهما في جانب الرجل وابو حنيفة نظر الى المجموع
وانما لم يحد الشهود لانهم اتفقوا على وطي امراة واحدة فصار
كما لو شهد اثنان انه زنا بها في هذا البيت واثنان انه زنا بها
في بيت اخر ولو شهد ثلثة انه زنا بها مطاوعة وشهد واحد
انه استكرهها لم يحد واحد من الشهود في قول ابي حنيفة
وزفر وقال ابو يوسف ومحمد يحد الثلثة لانهم شهدوا بالطوع
والرابع لا يعتد به في ابطال الاحصان بخلاف شهادة
الاثنين فانها تبطل الاحصان فصار كشهادة اثنين على
اقرارهما بالزنا في بطلان احصانها ولنا ان الاتفاق
وقع على وطي امراة واحدة وانما سقط الحد عنها بالشبهة
فلا يجب على الشهود لانه وطي محرم وقع في غير ملك واذا
استكرهت المراة على الزنا سقط الحد عنها فاذ فعلها
وعن ابي يوسف انه لا يسقط لان تمكينها لم يقع زنا ولنا

ان

انه لم يقع زنا موجب للحد عليها لكنه وقع في غير ملك فاثر في سقوط احصانهما ولو شهد اثنان انه زنا بها في مكان وشهد اخران انه في مكان اخر والمكانان متباينان لا يجوز ان يقع بينهما فعل واحد فلا حد على المشهود عليه لان الفعل في هذا المكان غير الفعل في مكان اخر وكذلك اذا اختلفا في الاوقات فلم يتم على كل واحد منهما شهادة الاربعة فلا يقبل لما مر وقال زفر يحد الشهود لان العدد انتقض فصاروا قذفة ولنا ان الاربعة شهدوا على وطي امراة واحدة وانه يمنع وجوب الحد على القاذف ولو اختلفوا في بيت واحد فقال اثنان زنا بها في هذه الزاوية الاخرى فانه يحد المشهود عليه اذا كانتا متقاربتين استحسانا والقياس ان لا يحد وهو قول زفر وهو يقيسه على المكانين المتباينين ونحن نفرق بينهما ونقول اذا كانا متقاربين فقد وقعت الشهادة بفعل واحد لجواز ان يقع ابتداؤه في هذه الزاوية وانتهاؤه في زاوية اخرى بخلاف ما اذا كانا متباينين واذا زكي الشهود فزعم المزكون انهم احرار فرجم بشهادتهم ثم وجد بعضهم عبيدا فلا شي على المزكين اذا ثبتوا على التزكية وان رجع المزكي عن ذلك ضمن في قول ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه اثنى على الشاهد خيرا فلا يضمن كما لو اثنى على المشهود عليه وكما لو شهدوا بالاحصان ثم رجعوا ولنا ان التزكية معملة للشهادة والعلة يعطي لها حكمها بخلاف الاحصان فانه ليس بمعنى العلة فلا يعطى له حكمها وان قال المزكون هم عدول

واحرار في هذه الزاوية

١٨٥

ثم وجدوا عبيدا فلا ضمان عليهم لانه اثنا في بين العدالة والرق لان الناس احرار الا في اربعة الشهادة والقصاص والعقل والحدود كذا نقل عن عمر الفاروق ولو ادعى المشهود عليه ان احد الشهود عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة انه حر لان الحرية ثابتة ظاهرا والظاهر يصلح للدفع لا للالزام

باب

الحد يدخله الشبهة بعد وجوبه اذا زنا بامراة ثم تزوجها او بامة ثم اشتراها يجب الحد فيهما في رواية محمد عن ابي حنيفة وهو قول محمد لان الزنا الموجب للحد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فثبوت الملك بامر عارض لا يسقط الحد وفقهه وهو ان المستوفي بالوطي بلا شي فثبوت الملك بسبب حادث بعده لا يؤثر بخلاف السرقة فان المسروق عين وقد ملكها السارق فلم يبق المسروق منه خصما وفي رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة لا حد عليه اذا تزوجها بعد الزنا لان المراة مملوكة في حق الفعل فاشبهت العين المسروقة اذا ملكها السارق وقال ابو يوسف يقام عليه الحد وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة يجب الحد في النكاح دون الشرا لان بضع المراة لا يملكه الزوج بالنكاح وكذا يجب العقر لها دونه والمشتري يملك المشترا بالشرا فاشبه العين المسروقة يملكها السارق ولو غصب امة فزنا بها فماتت او كانت حرة فعليه الحد والدية او قيمة الامة في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة لان الحرة لا تملك اصلا والامة لا تملك بعد الموت وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا حد

في الامة قال وهذه الرواية اصح لانها وان كانت لا تملك
اصلا ويقصدون الكتابة تملك ضرورة وجوب الضمان لكيلا
يودي الى اجتماع البدل والمبدل في حق مالك واحد او نقول مالك
ثبت الملك فيها في اخر جزء من اجزاء حياتها وانها قابلة للملك
في تلك الحالة بخلاف الحرة فانها لا تقبل الملك في الحياة وبعد
الممات باب

حد القذف قال الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم
لم ياتوا باربعة شهداء الاية والمراد بالرمي الرمي بالزنا دون
غيره من المعاصي عليه اجماع الصحابة وفي الاية اشارة الى
ذلك وهو قوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولا حكم مختص
بشهادة الاربعة سوى الزنا والمحصنات هي الحرة المسلمة
البالغة العاقلة العفيفة عن الزنا لان اسم الاحصان يتناول
الحرية لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
اي الحرائر واما الاسلام فلقوله عليه السلام من اشرك
فليس بمحصن والبلوغ والعقل لان الحد انما يجب على القاذف
بالحاق الشين بالمقذوف بالزنا والزنا لا يتحقق من الصبي
والمجنون وغير العفيفة عن الزنا لا يلحقها الشين برميه
اياها بالزنا فلهذا شرطت العفة عن الزنا ويجب حد القذف
بنفي نسبه عن ابيه وهو قاذف لامه لان النسب لا ينتفي
الا بانتفاء الفراش بزنا المراة وكان ينبغي ان يتحقق بالوطء
بالشبهة الا ان الاجماع انعقد على عدم وجوب الحد به فسقط
اعتبار تلك الشبهة فان كانت الام محصنة حد القاذف
ان طالبت بذلك لانه حقها فيتوقف على طلبها وان كان

المقذوف بالزنا حيا فلا خصومة لاحد سواه حاضرا كان
او غائبا لانه حقه دون غيره فيشترط خصومته ولو مات
المقذوف قبل الطلب او بعده او بعد ما اقيم عليه بعض الحد
بطل الحد وبطل ما بقي منه وان كان مشروطا عندنا خلافا
للشافعي بناء على ان حد القذف لا يورث عندنا خلافا له
ولا يجوز التوكيل في حد القذف استيفاء وقال الشافعي يجوز
لانه حقه فيملك استيفاءه بنائبه كسائر حقوقه ولنا ان
استيفاءه حال غيبة الموكل لا ينفك عن شبهة دارئة
للحد لاحتمال انه لو كان حاضرا اعرض عن الخصومة او
صدق القاذف في قذفه والحد يندرئ بالشبهة واما
التوكيل في الاثبات بالبينة فجائز في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان الاثبات لا يراد لعينه
وانما يراد للاستيفاء فاذا لم يجز التوكيل في الاستيفاء فكذلك
في الاثبات ولهما ان التوكيل انما لم يجز في الاستيفاء لمكان
الشبهة لانه لو استوفى مع الشبهة لا يمكن تداركه
اذا تحققت الشبهة وهذا المعنى معدوم في الاثبات لانه اذا
اثبت يتوقف الاستيفاء على حضرته فاذا ثبت الحد لم يجز
الاسقاط ولا العفو وكذا اذا عفا قبل المرافعة او ابرا او صالح
على مال فذلك باطل ويرد مال الصلح وله ان يطالبه
بالحد وقال الشافعي يصح العفو وهو احدى الروايتين عن
ابي يوسف وهذا الخلاف بناء على الخلاف في ان المغلب
في حد القذف حق الله تعالى ام حق العبد فعندنا حق الله
وعند الشافعي حق العبد ولهذا يتوقف على دعوى العبد

ولهذا يتوقف على دعوى العبد وطلبه وتجب صونا للعرض
وما وجهه وانما فوض اقامته الى الامام لكيلا يتعدى
المقذوف لغيظ لحقه لانه شرع على وصف الخفة بخلاف القصاص
فانه مقدر لا يقبل الزيادة والنقصان ولنا ان المغلب فيه
حق الله بدليل انه يتنصف بالرق وحق العبد لا يتنصف بالرق
بل يجب بقدر التالف لا تختلف باختلاف احوال المتلف
ولانه وجب لاشاعة الفاحشة واشاعة الفاحشة محرمة
حقا لله لان الزنا محرم حقا له فكذا اشاعته لكن حق
العبد وهو صون عرضه يتأدى في ضمن حق الله فكان تبعا
لحق الله والعبد لا يملك العفو عن حق الله والصلح عنه
والاعتياض فكذا عما هو تبع له ولو ادعى على انسان
قذفا فاقر به او انكر فاقام البينة عليه يقال للقاذف
اقم البينة على صحة قذفك والا اقيم عليك الحد لقوله
تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الاية واذا ضرب
بعد الحد ثم اقام القاذف البينة على صدقه قبلت بينته و بعض ط
سقط باقي الجلدات ولا تبطل شهادته ولا يلزمه سمة
الفسق لان قذفه لا يتقرر الا بتمام الحد فاقامة البينة
قبل تمامه كاقامتها قبل الشروع فيه واذا انكر
المدعى عليه القذف ولا بينة على ذلك لم يحلف المدعى عليه
خلافا للشافعي لان الاستحلاف شرع للقضاء بالنكول
وانه متعذر ههنا لان النكول بذل عند ابي حنيفة وعند
صاحبيه بدل عن الاقرار ولو ترك المقذوف المطالبة به
حسن لانه ستر وانه مندوب اليه وكذلك يستحسن

من الحاكم اذا رفع اليه قبل ان يثبت ان يقول للمدعي اعرض
عن هذا لانه سعى في ستره ولو صدق المقذوف القاذف
في قذفه او شهدت عليه الشهود بالزنا لا يحد ولا
حد على القاذف لما بينا ان الحد يجب صونا له عن شين يلحقه
من جهة القاذف وانه لا يتحقق عند ثبوت صدقه بالبينة
او بتصديقه ولا تجوز الشهادة على القذف الا شهادة رجلين
ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة
وكتاب القاضي الى القاضي لان في هذه الشهادات شبهة
العدم فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهة فاذا ادعى القاذف
ان المقذوف صدقه جازت على ذلك شهادة رجل وامرأتين
والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لان
الشهادة قامت على اسقاط الحد فلا تؤثر فيه الشبهة بخلاف
الشهادة على اثباته ولو ادعى المقذوف ان له بينة حاضرة
في المصر على قذفه فان ابا حنيفة قال يحبس المدعى عليه
الى قيام الحاكم من مجلسه يريد به الملازمة ولا يؤخذ به
كفيلا وقال ابو يوسف يؤخذ الكفيل لانه لا يتمكن من
اقامة البينة الا بعد مدة فمست الحاجة الى اخذ الكفيل
كما في الاموال وانما اخذ الكفيل توثق وانه يلائم الاموال
دون الحدود وان اقام شاهدا واحدا عدلا او شاهدين
لا يعرفهما القاضي قال ابو حنيفة يحبسه وقال ابو يوسف لا يحبسه
بقول الواحد العدل لان قول الفرد لا يصلح حجة لاثبات
الحق بخلاف الشاهدين فان قولهما يصلح حجة في ذلك
ولنا ان الحجة توجد بالعدد ويعلم بها عند العدالة فاذا وجد

الواحد عدلا وجد الوصف المعدل للشهادة فاورث التهمة ولا
والحبس يشرع عند التهمة ولا كفالة في حدود ولا قصاص و
قال محمد يكفل ثلثة ايام لان الاستيثاق في الحبس فوقه
في الكفالة لان الحبس اضرار وقال ابو بكر الرازي لا
يبتدي القاضي بطلب الكفالة لكنه لو بذل من عند نفسه
جاز ولنا ان الكفالة توثيق وانه يلائم الاموال دون
الحدود والقصاص بخلاف الحبس فانه يشرع للتهمة ولو
اقام بينة واحدة وادعى ان له بينة اخرى خارج المصر
لم يحبس وكذا اذا ادعى ان شهوده غيب وطلب التاجيل
من القاضي لم يوجله ولكن ان ادعى ان شهوده حضور
في المصر اجله ما بينه وبين قيام القاضي فيلزمه ويقول ابعث
الى شهودك واحضرهم وقال ابو يوسف ومحمد يوجل يومين
او ثلثة ويوخذ منه الكفيل لان من الجائز ان يكون صادقا
في دعواه ولا يتمكن من احضار الشهود في الحال فيوجله الى
المجلس الثاني ويستوثق بكفيل كما في ساير الحقوق ولنا
ان التكفيل استيثاق وانه لا يلائم الحدود والتاجيل اكثر
من مجلس القاضي منع عن استيفا الحق بلا حجة فلا يجوز
وعن محمد اذا ادعى ان له بينة حاضرة ولا يجد احدا يبعثه
اليهم فان القاضي يبعث معه من الشرط من يحفظونه ولا يتركه
يفر فان لم يجد ضرب الحد فان اقام البينة بعد ذلك
على صدق قذفه اطلقت شهادته واجزتها لانه ظهر بالبينة
ان المقذوف لم يكن محصنا وكذا انه لم يكن قذفا وانه جلد
خطأ ولو قذف رجلا فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف

ان ام

ان ام

المقذوف امة او نصرانية والمقذوف يقول هي حرة مسلمة
فالقول قول القاذف لان الحرية وان كانت ظاهرة
لكنها لا يكفي للالزام فلا بد من اثباتها بالبينة لان القاذف
ينكر وجوب الحد بانكار الاحصان والمقذوف يدعي
وجوبه فكان القول قول المنكر وكذا لو قال القاذف
انه عبد وعليه حد العبيد وقال المقذوف انت حر فالقول
قول القاذف لانه ينكر زيادة على حد العبد وكذا
لو قذف في نفسه ثم ادعى ان المقذوف عبد فالقول قول
القاذف والبينة على المقذوف ~~لم يكن محصنا وعلى انه~~
~~لم يكن قذفا وانه جلد خطا ولو قذف رجلا فقال يا ابن~~
~~الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المقذوف امة او نصرانية~~
~~والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف لان~~
~~الحرية وان كانت ظاهرة لكنها~~ لما بينا وعن ابي يوسف
يحبس قاذف ام رجل فان علم القاضي ان امه حرة مسلمة جلد
القاذف لان علم القاضي فيما ليس بسبب للعقوبة فوق البينة
لانها تفيد الا غلبة الظن فالحاصل له علم والاحصان ليس
بسبب العقوبة وان لم يعلم حبسه في السجن حتى ياتي بالبينة
لان القاذف لا يخلو عن عقوبة اما حد او تعزير فلا بد
من حبسه حتى يتعين بالحجة فان لم يقم بينة اخذ منه كفيلا
واخرجه ولا يعزره لان التعزير ابطال لاحصانها وانه
لا يجوز بدون حجة ولا يكون القذف بالوطي في غير الفرج
موجبا للحد ولكنه يوجب التعزير في قول ابي حنيفة وقال

ابو يوسف ومحمد القذف باللواطة يوجب الحد وهذا الخلاف
بناء على الخلاف في ان اللواطة هل توجب حد الزنا ام لا ه

باب

من له المطالبة بالحد ه حد القذف لا يورث ويبطل بموت
المقذوف لما بينا ان المغلب فيه حق الله تعالى والارث
لا يجري في حقوقه فيبطل موته بخلاف ما اذا قذفه بعد
موته حيث يثبت للولد المطالبة بالحد لان القذف تناول
الوالد معنى ابتداء لان البعضية بينهما ثابتة وانها توجب الاتحاد
فيلحقه الشين بقذف ابيه لكونهما متحدان معنى فانعقد
القذف موجبا للحد ابتداء لدفع الشين اللاحق بالولد بقذفه
فتثبت له ولاية الطلب ابتداء لا بطريق الارث بخلاف
ما اذا قذف اباه وهو حي ثم مات حيث تبطل لان القذف
تناول الاب صورة ومعنى فانعقد القذف موجبا للحد
لدفع الشين اللاحق به وقد استغنى عنه بالموت فلم يبق في اقامة
الحد فايدة فلو ثبت للولد الاخذ بالحد لثبت بطريق الوراثة
وقد بينا ان الارث لا يجوز فيه ولا ياخذ الحد للميت الا والد
او ولد ولا ياخذ ذلك اخ ولا عم ولا مولى لما بينا ان القذف
يتناول الوالد باعتبار الاتحاد الثابت بالجزوية ولا جزوية
بينه وبين غيره وقال ابو حنيفة وابو يوسف يستوي في ذلك ولد
الابن وولد البنت وقال محمد ياخذ الحد من يرث ومن يورث
يريد به ولد الابن دون ولد البنت لان الارث للاباء دون
الامهات ولنا ما بينا ان القذف انما يتناول الوالد باعتبار
الاتحاد الثابت بالجزوية والابن والبنت في ذلك يستوا

ويجوز للابعد من الولد ان يطالب بالحد مع بقاء الاقرب
فيجوز لابن الابن ان يطالب مع بقاء الابن وقال زفر
ليس للابعد حق مع وجود الاقرب كما في الارث والتزويج
ولنا ان القرب انما يعتبر في الارث لانه يثبت بطريق
الخلافة اما في الذي يثبت بطريق الاصالة ابتداء فلا
لان القذف تناول الاقرب والابعد على نمط واحد
وقال ابو حنيفة للوالد والولد ان يطالب بالحد وان كان
عبدا او ذميا اذا كان المقذوف حرا مسلما لان القذف
تناول الميت صورة ومعنى ثم تعدى الى الوارث فيعتبر
حال المحل الذي انتقل عنه الى هذا لان الانتقال انما
يكون على وصف الثبوت فاعتبرنا احصان من تناوله
القذف صريحا وكذلك لو كان المطالب بالحد قاتلا
يوجب حرمان الارث لان للقتل اثرا في حرمان الارث وولاية
الطلب ها هنا تثبت ابتداء لا ارثا ولا يؤثر القتل فيه
ليس للولد ان يطالب اباه او جده وان علا بحد القذف
ولا امه ولا جدته لان الحد عقوبة وليس للولد ولاية عقوبة
جنايته عليه كما في القصاص ولو قذف جماعة بكلمة واحدة
او بكلام على حدة فعليه حد واحد سواء حضروا او حضر
واحد وقال الشافعي اذا قذف كل واحد منهم على حدة
فعليه لكل واحد الحد وهذا بناء على ان حد القذف عنده
حق العبد وحقوق العباد اذا اجتمعت لا تتداخل وعندنا
حق الله تعالى لحدوانه عقوبة والعقوبات الواجبة حقا
لله اذا اجتمعت يكتفى بواحد منهما ولو قذف انسانا لم يعد

ما لم يحد الثاني لانه انما يكتفي بواحد عند الاجتماع ولم
يوجد هاهنا فصار كما لو زنا فحد ثم زنا فحد مرة اخرى كذلك
هاهنا ولو ضرب القاذف تسع وسبعون سوطا ثم قذف اخر
ضرب السوط الاخير فقط لان قذف الثاني قبل
اقامة الحد وجد لان الحد اسم لجملة الجلدات وبعضها لا
يكون حدا فتحقق الاجتماع فاكتفي بالواحد ثم هو

باب

ما يكون الوطي بشبهة في اسقاط الحد عن القاذف اذا وطي
المقذوف وطيا حراما فلا يخلو اما ان يكون وطيا في الملك
او في غير الملك والواقع في الملك لا يخلو اما ان يكون حرمته
عارضية او موبدة فان كانت عارضية كوطي الحايض و
النفسا والامة المزوجة والحرة التي ظاهر منها او
وجبت عليها العدة او كانت صايمة لا يسقط الاحصان
لان المطلق للوطي وهو الملك قايم وانما منع عن الوطي لغيره
وهو استعمال الاذى ونحوه فكان المحرم في الحقيقة
غير الوطي لا عينه ووطي المكاتبة لا يوجب سقوط الاحصان
في قول ابي حنيفة ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
وقال زفر يسقط احصانه وهو رواية عن ابي يوسف لان
ملكه زايل عن المكاتبة بدليل وجوب العقر عليه بوطيها
فكان الوطي واقعا في غير الملك ولنا ان ملكه في الذات قايم
وانما الزايل اليد لان بالكتابة يثبت له اليد على نفسه
وكسبه فمنع المكاتب عن الوطي لما فيه من استرداد
الحد عنه فكان المحرم حقيقة ازالة اليد لا الوطي فاشبه
وطي الامة المزوجة ولو كانت الحرمة موبدة كوطي المحارم
فقد ذكر في الاصل انه يبطل الاحصان وذكر ابو الحسن
انه لا يبطل لان الملك قايم وتحريم الملك الوطي مع بقا الملك
لا يسقط الاحصان كوطي الامة المزوجة ولنا ان الحرمة
الموبدة لا تجامع ثبوت الحل فيسقط الاحصان كوطي المحارم
ولو قبل امراة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج
ابنتها فوطيها قال ابو حنيفة لا يبطل احصانه وقال ابو
يوسف ومحمد تبطل لانه وطي وطيا حراما على التابيد
فلا يتصور ثبوت الحل معه فيسقط احصانه فاشبه وطي
المحارم ولنا ان الصحابة اختلفوا في حرمته فلم يستحل بدليل
انه يحل اذا اقضى به القاضي واما الوطي الواقع في غير الملك
فانه يوجب سقوط الاحصان نحو ان يتزوج امراة نكاحا
فاسدا مجمعا على فساده ويعلم به او لا يعلم او يطا جارية مشتركة
او يشتري جارية فيطاها ثم يستحق ثم يتبين انها لا
تحل له فلا حد على قاذفه ويستوي في ذلك العلم والجهل
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا لم يعلم به لا يسقط
احصانه لان الحظر انما يتعلق بالاثم لا له انتفا الاثم ولنا ان الحرمة
ثابتة بالاجماع وارتفاع الاثم عند الجهل لعدم القصد ولو
تزوج المجوسي امة ودخل بها ثم اسلم قال ابو حنيفة لا يسقط
احصانه وقال ابو يوسف ومحمد يسقط ولو تزوجها بغير
شهود ووطيها يسقط احصانه لانه لم يتقدمه خلاف
فكان وطيا حراما في غير الملك ولو تزوج امة وحرة في عقد
واحدة او تزوج الامة على الحرة ووطيها حد قاذفه لان

الخلاف جرى في تحريمه بين السلف ولو وطي اخته بملك يمين
حد قاذفه لانه مختلف فيه بين الصحابة وظاهر قوله تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم يدل على حله فاشبه التحريم
العارض ولو وطي جارية ابنه فاحبلها او لم يحبلها فلا
حد على قاذفه لان ظاهر قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
يورث شبهة **باب**
نفي الرجل عن ابيه ه عن ابي يوسف فيمن قال لغيره
في رضا او غضب لست لابيك فهذا قذف لان هذا لا
يذكر الا لنفي النسب فكان قذفا ولو قال ليس هذا
ابوك فان قاله في رضا او على وجه الاستفهام فليس بقاذف
ولو قال في غضب او على وجه التعيير فهو قذف لان حقيقته
وان كان لنفي النسب لكنه يستعمل لغيره وهو نفي التشبيه في
اخلاقه فانه يقال هو ابن السما وابن مزن يقصد به التشبيه
فيحكم الحال فان كان في حال غضب دلت على القذف
وان كان في حال رضا او استفهام لا يكون قذفا
لان الحالة لا تدل عليه ويجعل استفهاما فيجعل تقديره اليس
هذا ابوك لان حرف الاستفهام يحذف في الكلام او لنفي
التشبيه لما بينا ان اضافته اليه يكون للتشبيه فنفي الاضافة
ينبغي ان يكون لنفي التشبيه ولو قال لست لابويك فليس
بقذف بالزنا لان معناه لم تلدك امك وانما الزانية هي التي
تلد من الزنا الا التي لا تلد بخلاف نفيه من الاب لانه تقطع نسبه
ونفيه وانما ينتفي بزنا الام فكان قذفا ولو قال يا ابن الزانيين
وامه التي ولدته مسلمة فعليه الحد وان كانت كافرة

فلا حد عليه ولا يبالي بحال الجدة لان الامية حقيقة للولادة
والجدة تسمى بها مجازا وكذلك لو قال يا ابن مائة زانية
فانه يعتبر حال الام لان معناه زنت مائة مرة ولو قال
انت ابن فلان لرجل اجنبي في حالة الغضب فهو قاذف
للاجنبي ولام ذلك الذي خاطب لان حقيقته لنفي النسب
لكن يستعمل للتشبيه به في اخلاقه فتحكم الحالة فان
كان في غضب يجعل قذفا لهما لان الحالة تدل عليه
لانه اذا كان ابنا لاجنبي يكون مخلوقا من ماء الزنا ويكون
ذلك الرجل زانيا بامه وان كان في رضا حمل على
التشبيه بدلالة الحال وعن ابي يوسف اذا قال لست لابيك
ولست لامك فلا حد عليه لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار
كما لو جمع بلفظ الجمع وقال لستما لابويك فانه لا يحد كذا
هذا ولو قال انت ابن فلان لعمه او لخاله او لزوج امه فلا
حد عليه لان العم يسمى ابا لقوله تعالى واله اباءك ابراهيم
واسمعيل واسحق واسمعيل كان عمه وكذا الخال بدلالة
قوله ورفع ابويه على العرش وانما رفع اباه وخالته فاذا كانت
الخالة اما كان الخال ابا وكذا زوج الام لقوله تعالى
خبرا عن نوح ان ابني من اهلي تبادر الى التفسير لم يكن ابنه
حقيقة وانما كان ابن امراته من غيره ولو قال لست لابن
فلان لجده لم يكن عليه حد لانه ليس لابنه حقيقة وانما يسمى
الجد ابا مجازا ولو قال لعربي يا نبطي او يا ابن الاقطع والاعور
فلا حد عليه لانه يذكر على سبيل التشبيه ولو قال لست لادم
او لانسان او لرجل لم يكن قذفا لانه ليس فيه معنى نفيه

لالمام الى الزنا فلم يكن قذفا ه باب
متشابه القذف ه اذا قال الرجل يا زانية فلا حد عليه
في قول ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وقال محمد يحد لان
الهاء كما يدخل للتانيث تدخل للمبالغة كما في قولهم نسابة
وعلامة وقد تعينت ههنا لغير التانيث بالاشارة الى
المذكر ولهما ان الهاء للتانيث في الاصل والمحل لا يقبله
فلغي كما لو قال يا امراة بخلاف ما اذا قال لامراة يا زاني حيث
تحد لانه اثبت اصل الفعل وهو الزنا لكن اسقط علامة
التمييز بين المذكر والمونث ولهذا اسقطت هذه الهاء عند
عدم الاشتباه كما في قولهم حائض وطالق ولا اشتباه عند
عدم الاشتباه كما في قولهم حائض وطالق ولا اشتباه عند
الاشارة اليها فالحاصل انه في الفصل الاول اثبت علامة التانيث
فلا يجوز اهدارها لان العلامة لا بد لها من المنصوب له
العلامة وفي الفصل الثاني اسقط العلامة وعدم علامة
الشي لا يدل على عدمه ولو قال يا ابن الزاني والزانية فقد قذف
اباه وامه لان اللفظ صريح في قذفهما ولو قال يا ابن الزنا
فهو قاذف لان معناه مخلوق من ماء الزنا ولو قال لرجل يا
مفتوح فانه يعزر ولا يجب الحد على قول ابي يوسف ومحمد
حتى يصف الفعل الى السبيل وعلى قول ابي حنيفة لا يكون
قذفا بحال وعليه التعزير لان اللواطة عنده ليست زنا وعندهما
بمعنى الزنا ولو قال يا ابن القحبة يعزر لان القحبة اسم المتعرضة
للزنا دون الزانية ولو قال يا خليلة فلان لم يحد لان معناه
يا حبيبة فلان ولو قال لغيره زان فلا حد عليه لان اسم الحد

يتناول الحد الاعلى والادنى فلا يتعين لاحدهما الا بقرينة
ولو قال يا ابن الف زانية يحد لانه صريح في قذف امه
وعن محمد فيمن قال لجماعة ليس فيكم الا زان واحد او قال
كلكم زان الا واحدا او قال لرجلين احدكما زان فقيل له
اهذا فقال لا لم يحد لانه قذف مجهولا وانه لا يوجب الحد
ولو قال لاخر اخوك زان فقال له الاخر لا بل انت يحد القاذف
الاخير لان قوله لا بل انت نفي للزنا عن اخيه واثباته
للقاذف وانه ابلغ من قوله يا زاني كما في كلمة الشهادة
فان حضر اخوه وليس المنسوب اليه الاخ الا هو كان له المطالبة
بالحد لانه تعين ضرورة انه لا اخ له الا هو ولو قال يا زاني
فقال له الاخر صدقت حد القاذف دون الذي صدق لان
قوله صدقت يتناول القاذف بصيغته والمقذوف بكنايته
والقذف بالكناية لا يوجب الحد بخلاف قوله صدقت
فهو كما قلت حيث يكون قاذفا لانه تناول المقذوف بصيغته
فيكون قذفا له ولو شهد رجلان على رجل بالقذف و
اختلفا في مكان القذف او في زمانه حد عند ابي
حنيفة وقالا لا يحد لان القذف في هذا المكان غير
القذف في غيره وكذا القذف في هذا الزمان ولم يوجد
على كل واحد منهما الا شهادة فرد فلا يثبت ولنا ان القذف
كلام وانه يعاد ويتكرر فيكون الثاني عين الاول
واذا سمع كل واحد منهما في مكان غير المكان الذي
سمعه الاخر جاز لهما ان يشهدا عليه بالقذف من غير بيان
مكان فاشبه شهادة اثنين بالبيع مع اختلافهما في

مرجحانه او زمانه بخلاف ما اذا اشهد احدهما على انه قذفه
يوم الخميس والآخر انه اقر بانه قذفه يوم الخميس حيث
لا يحد في قولهم لان القذف ان كان كلاما لكن الاقرار
يخالف الانشا حكما فان من قال لامراته زنيت قبل ان
اتزوجك لاعن ولو قال قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك
حد فثبت انهما اذا اختلفا في الصيغة احدهما صيغة الاقرار
والآخر صيغة الانشا لا يقبل لانهما اختلفا حكما واما اذا اتفقا
في صيغة اللفظ واختلفا في المكان والزمان يقبل لاتفاقهما
في الصيغة وعن محمد اذا اشهد الشهود فقالوا رايناه يزني فيما
دون الفرج لا يحد ولا يحدون لانه ذكر لفظ الزنا مفسرا
بغيره ولو قالوا رايناه يزني ثم قالوا بعد قطع الكلام زنى فيما
دون الفرج حدوا لان التفسير بعد القطع رجوع فلا يصح
بخلاف ما اذا وصله به ولو قال لامراة يا زانية فقالت زنيت
بك حدت المراة دونه لان قولها زنيت تصديق فبطل حكم
قذفه وقولها بك قذف بالزنا فتحد ولو قال يا زانية فقالت
لا بل انت الزاني حدا جميعا لان كل واحد منهما صريح بقذف
صاحبه ولو قالت زنيت معك فلا حد على واحد منهما لان قولها
زنيت تصديق له في القذف فيسقط حكمه وقولها معك يحتمل
بحضرتك فلا يكون قذفا له بالزنا مع الاحتمال ولو قال
انت ازنى فقالت انت ازنى مني حد الرجل وحده لان
معناه اي اعلم بالزنا او اقدر على الزنا لانه لا يمكن حمله
على حقيقته وهو التفضيل وانه يقتضي المساواة بينهما في
الزنا لكن لا نعلم وجودهما حتى يصح التفضيل وكذا لو قال

انت ازنى الناس او ازنى من فلان فلا حد عليه وعن ابي يوسف
اذا قال انت ازنى الناس او ازنى الزناة حد ولو قال
ازنى مني او من فلان لم يحد لما بينا انه للتفضيل فيقتضي المساواة
بينهما في اصل الفعل ونحن لا نعلم ان الزنا هل وجد من فلان
او منه حتى يقع التساوي ثم التفضيل بخلاف قوله ازنى الناس
او ازنى الزناة لانا نعلم بوجود الفعل من واحد منهم فيصح
التفضيل ولو استب رجلان فقال احدهما اما انا فليس
بزاني ولا امي بزانية فلا حد لانه اثنى على نفسه و
على امه وانما يفهم منه قذف المخاطب بالتعريض والكناية
والحد لا يجب بهما ولو قال من قال كذا وكذا فهو ابن الزانية
فقال رجل انا قلت فلا حد على المبتدي لانه علق القذف
بشرط وتعليقه بالشرط لا يصح ولو قال لرجل يا لوطي
فلا حد لانه كناية وليس بصريح وفي صحته اختلاف
لما بينا ولو قال يا اخ الزانية او يا عم الزانية فليس للمخاطب
ان يطالب بالحد لانه قاذف لاخته لا له ليس للعم والاخ
ان يطالب بالحد لاخته ولا لاخت ابيه ولو قال
لغيره انت تزني لم يحد لانه يعني ستزني في المستقبل ولو
قال انت تزني والضرب انا لم يحد لان معناه التجني والعاقب
انا ولو قال يا ابن الدعية لم يحد لان الدعية هي التي ينسب
الى غير قومها ولو قال لغيره يا زاني وقال عنيت الصعود
على الجبل حد ونيته باطلة لان العامة لا يفصلون بين
المهموز وغيره فسقط اعتبار الهمزة ولو قال زنات في
الجبل وقال عنيت الصعود فعليه الحد في قول ابي حنيفة

وابي يوسف وقال محمد لا حد لان الزنا حقيقة في الصعود
وقد تستعمل بمعنى على كما في قوله لاصلبنكم في جذوع النخل
كما تستعمل للظرفية فيحمل المحتمل على المحكم بخلاف ما اذا لم
يقرنه بالجبل لما مر ولنا انه حقيقة في الظرفية فلا يعدل عنها
لتهمة سقط اعتبارها لاشتباه الامر على العامة فانتصب
قوله زنيت ولو قال لامراة يا زانية ما رايت زانية خيرا منك
فلا حد عليه لانه جعل المخاطبة خيرا من الزناة وانه
لا يكون قذفا ولو قال لامراة زنا بك زوجك قبل ان
يتزوجك فهو قاذف لان الوطى قبل النكاح زنا ولو قال
زنا فخذك او ظهرك او يدك لم يحد لان الزنا لا يتحقق من
هذه الاعضا فعلم ان المراد منه فعل يدعوا الى الزنا مجازا
كما في قوله عليه السلام اليدان تزنيان والعينان تزنيان
ولو قال زنا بك باصبعه لم يحد لان الاصبع ليس باله
للزنا ولو قال لامراة زنيت وانت مستكرهة او معتوهة
او نائمة لم يحد لان الزنا الموجب للحد لا يتحقق من هولا
فقد فسر الزنا بغير موصوله فلم يكن قذفا وكذلك
لو قال وطئك فلان وطيا حراما او جامعك حراما
او فجر بك او قال ذلك لرجل فلا حد عليه لان هذه الافعال
قد يقع غير زنا فلم يصرح بالقذف بالزنا فلا يحد ولو قال
لامة اعتقت زنيت وانت امة او لكافرة اسلمت زنيت
وانت كافرة فعليه الحد لان الاحصان يراعى عند وجود
القذف وقد وجد فصار قاذفا محصنة ولو قذف انسانا
بغير العربية فهو قاذف لان المعنى لا يختلف باختلاف

اللغات ولو قال يا اكل الربا او يا شارب الخمر عزر لان الشين
يلحقه من جهته به وليس له حد مقدر فيعزر ولو قال
يا حمار او يا ثور او يا خنزير لم يعزر لان الشين لا يلحقه لظهور
كذبه ولو قال لغيره اذهب فقل لفلان يا زاني فلا حد على
المرسل لانه لم يقذف بل امره بالقذف واما الرسول فان
اطلق حد لانه قذف وان ذكره على سبيل الرسالة
لم يحد لانه لم يقذفه ولو قال اخبرت انك زاني او اشهدت
على ذلك لم يحد لانه حكى قذف غيره ولم يقذف ولو قال
زنا فرجك فهو قاذف لان الزنا يتحقق منه ولو قال زنيت
وفلان معك فهو قاذف لهما لانه عطف فلانا عليه في الزنا
والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره ولو قال جئت
وفلان معك بشاهد لم يصدق لانه لا يحتمله لفظه ولو قال
لامراة زنيت ببعير او حمار او ثور لم يحد لانه يتصور منها الزنا
بهذه البهايم وانه ليس بزنا موجب للحد ولو قال زنيت بناقة
او بقرة او دنانير حد لان التمكين من الوطى من هذه البهايم
لا يتصور فحمل على انها زنت باجرة هي بقرة او ناقة او دنانير
ولو قال ذلك لرجل لم يحد لان وطى البقرة والناقة من الرجل
متصور لكنه لا يوجب الحد فلم يكن قاذفا بالزنا ولو
قال لرجل يا يهودي او يا ابن اليهودي او يا فاسق او يا ابن
الفاسق عزر لانه قذف بغير الزنا وليس له حد مقدر
فصل قد ذكرنا مقدار ما يبلغ به التعزير ولا
ينقص عن ثلث جلدات لانه شرع للزجر والزجر يحصل
بدونه ولا كفالة في التعزير لانه من جنس حقوق العباد لانه

زنيت بناقة

شرع لاصلاحه وتهذيبه فكان التوثق به ملايما ولا
يحبس ليرجع لسال عن الشهود لانه يصلح تعزيرا فلا يصلح
توثقا به ويجوز فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النسا
مع الرجال ويصح العفو عنه لما بينا انه من جنس حقوق
العباد وعن ابي حنيفة فيمن قال لغيره يا فاسق او يا لص
فان كان من اهل الصلاح ولا يعرف بذلك فعلى القاذف
التعزير لان الشين يلحقه اذا كان بهذه الصفة وان كان
يعرف به لم يعزر لانه لا يلحقه الشين من جهته وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يقبل في التعزير شهادة النسا لانه
عقوبة وقد ذكرنا اختلاف هذه الرواية ثم

باب الحدود

اذا اجتمعت ما يقام منها وما يبطل رجل قذف
قوما بالزنا وشرب الخمر وسرق وزنا وهو غير محصن ثم اتي
به الي الامام بدا به بحد القذف اولا لانه حق العبد والباقي
حق الرب وحق العبد يقدم على حق الرب اذا اجتمعا ويحبس
حتى يبرا لانها لو اقيمت دفعة لا يفضي الي تلفه والحد شرع زاجرا
لا متلفا ثم يتخير الامام البداية بحد السرقة وحد الزنا لانهما
استويا في كونهما حق الله واستويا في القوة لوجوبهما فيخير
الامام في البداية بخلاف حد الشرب لانه اضعف ثبوتا لان
وجوبه غير منصوص عليه فيؤخر عنهما وان كان مع ذلك
كله قتل ضرب للقذف وضمن السرقة ثم يقتل ويدرا عنه
ما سوي ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم وكذا
تضمين السرقة بالمال ثم بعد القتل يسقط ما وجب
حقا لله ثم فصل ...... قال ابو حنيفة فيمن علم شيا ثم

بين بالترجمه

استقضي لم يحكم بذلك العلم انما هو شاهد وقال ابو يوسف
ومحمد يحكم بعلمه الا في الحدود لان القضا بالشهادة جائز
فبعلمه اولي لان الحاصل بالشهادة غلبة ظن والعلم
فوقه ولنا ان علمه قبل القضا افاد اداء الشهادة دون
الحكم به فلا يتغير بقبوله القضا ولا يقول يقضي بغلبة الظن
الحاصل بالشهادة وانما يقضي بنفس الشهادة ولو علم بذلك
في حالة القضا فالحكم به الا في الحدود وهذا هو المشهور
وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يقضي بعلمه لانه لو
قضي بعلمه وجاز له ذلك لقبلنا قوله في القتل ولنا
انا اجمعنا على ان المدعى عليه بالحق اذا اقر في مجلس القاضي
يقضي بعلمه لانه لو علقناه القضا بالشهادة دون العلم
لوجب عليه ان يحضر الشهود في كل مجلس وفيه حرج وا
انما لم يقض في الحدود بعلمه لما روي عن عمر بن الخطاب انه
قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما ارايت لو رايت رجلا
زني او سرق او قتل قال شهادتك مثل شهادة واحد من
المسلمين فقال له اصبت وما علم القاضي في غير المصر الذي
يليه لم يحكم به في مصره في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف يحكم لانه علمه فوق الشهادة ولهما ان ذلك العلم
لها ولاداء الشهادة دون القضا به قال ابو حنيفة ما اقر به
من زنا او سرقة او شرب خمر في غير مجلس القاضي الذي يجلس
فيه ويقضي للناس بينهم ثم لم يرجع عنه لم يأخذه بشي لان
الضرورة تدعوا الي القضا بما اقر في مجلسه دون غيره
وما لا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار كالقذف والقصاص

علمه

مؤاخذ به لانه من حقوق العباد فاشبه الاموال والله اعلم

كتاب

السرقه وقطع الطريق السرقه فعل يقام على وجه الخفيه
والاستتار ومنه قوله عز وجل الا من استرق السمع
لكن العرب خصته باخذ مال مملوك متقوم معصوم
على سبيل الخفيه والاستتار واما السرقه التي هي سبب
لوجوب القطع فهو اخذ مال مملوك متقوم محرز معصوم
حقا للمالك فبيل السرقه وحد الله اذا وجود السرقه
وحكمها في الكتاب وجوب قطع اليمين في المره الاولى على
الوجه الذي ذكر في الكتاب وقال الواجب بالسرقه
قطع اليد من مفصل الزند لقوله تعالى والسارق والسارقه
فاقطعوا ايديهما وقوله عليه السلام السارق تقطع يده
من المفصل وبه ظهر ان المراد بقوله فاقطعوا ايديهما قطع
اليد الواحده من كل واحد من مفصل الزند وانما اليمين
بشرط ان يكون اليسرى صحيحه والرجل اليمنى صحيحه فان
كانت اليسرى مقطوعه او شلا او مقطوعه الابهام
او ثلث اصابع سوى الابهام لم تقطع اليمنى لان القطع حينئذ
يكون اهلاكا من وجه لانه تفويت جنس المنفعه
ولهذا تجب الديه بقطع اليدين وانه ملحق بالاهلاك من
كل وجه لان الشبهه في الباب ملحقه بالحقيقه والاهلاك
لم يشرع حدا للسرقه وذكر في الجامع الصغير اذا سرق
والابهام من يده اليسرى مقطوعه او ثنتان سوى الابهام لم
تقطع اليمنى وان كانت واحده سوى الابهام تقطع او ق

بين هذا وبين الكفاره فان قطع الثنتين من الاصابع سوى
الابهام لا يمنع الاجزا لما لم يمكن ثلثا وهاهنا يمنع القطع
لان المعتبر الاهلاك وانه يقع بقطع الكل الا ان
الاكثر اقيم مقامه وهو الثلث في باب الكفاره في باب
القطع الثنتان الحقنا بالثلث في حق درا الحد لان الحد
يندري بالشبهه دون الكفاره ولا قطع في اليد اليسرى
على كل حال ولا في الرجل اليمنى وانما تقطع اليمنى في المره
الاولى ثم الرجل اليسرى في الكره الثانيه ثم يعزر بعد
ذلك اذا سرق ويحبس وقال الشافعي تقطع يده اليسرى
في الكره الثالثه ورجله اليمنى في المره الرابعه لقوله
تعالى فاقطعوا ايديهما وانها اسم جمع وادناه اثنان ولنا
ان قطع اليسرى في المره الثالثه لا يماثل الجنايه وهي
السرقه فلا يشرع جزا لها بالنص ايه انه لا يماثل ان
قطع اليمنى يماثل بدليل انه مشروع جزا وقطع اليسرى
لا يماثل قطع اليمنى لان قطع اليمنى في المره الاولى ليس باهلاك
لانه لا يفوت جنس المنفعه وانه ملحق بالاهلاك من كل
وجه لان فيه شبهه الاهلاك من كل وجه والمراد بالايدي
الايدي اليمنى في الكره الاولى لانه امر بقطع ايدي السارق
والسارقه واسم السارق والسارقه مطلق عليهما في المره الاولى
فلا يجب عليهما الا قطع اليمنى من كل واحد منهما فعلم ان المراد
بالايدي اليدان وباليدين اليمنيان والدليل عليه قراه
ابهام ابن مسعود فانه قرا فاقطعوا ايمانهما ويدل عليه الاجماع
فانه لا يجب في الكره الاولى بالاجماع الا اليمين من كل واحد

منهما فعلم ان المراد بالايدي اليدان وباليدين اليمينان
عن واحد منهما ولو سرق ويمناه شلاء او مقطوعة الاصابع
فانها تقطع لان العيب لا يمنع القطع وسبب وجوب القطع
السرقة والسرقة في عرف الشرع ما ذكرنا لكن يتوقف انعقاده
علة لوجوب القطع على شروط بعضها في السارق وهو ان يكون
عاقلا بالغا لان القطع عقوبة وانه يستدعي سابقة جناية
والفعل لا يقع جناية من الصبي والمجنون وان لا يكون بينه
وبين المسروق منه قرابة ولاد وقرابة ذي رحم محرم ولا
زوجية على ما ياتي في اثنا المسائل وبعضها في المسروق
وهو كونه نصابا بالاجماع ثم فصل لا خلاف ان بلغ
النصاب شرط في باب السرقة لوجوب القطع وانه مقدر
بعشرة دراهم عندنا وعند الشافعي بربع دينار وهذا الخلاف
نشا من الخلاف في قيمة المجن الذي علق رسول الله القطع
بسرقته لقوله عليه السلام لا قطع الا في ثمن المجن وفي رواية
لا قطع في اقل من ثمن المجن فعن ايمن بن ام ايمن انه قال
قيمة المجن الذي كان يقطع به السارق في عهد النبي عشرة
دراهم وعن سعيد بن المسيب مثله وعن عمر رضي الله عنه
انه اتي بسارق سرق ثوبا قيمته ثمانية دراهم فلم يقطعه
وروي انه امر بقطعه فقال له عثمان لا تبلغ سرقته عشرة
دراهم فترك قطعه وعن عايشة الصديقة رضي الله عنها انها
قالت يقطع في ربع دينار فاخذنا بالاكثر لانه المجمع
عليه وفيما دونه شك والعقوبة لا تثبت بدليل فيه شبهة
ثم اختلفوا في صفة العشرة فذكر ابو الحسن ان المعتبر

كونها عشرة دراهم مضروبة لم يقطع وهو رواية عن ابي يوسف
ومحمد لان تقويم المجن وقع بالدراهم وانها اسم للمضروبة
والتبر ينقص عنها في القيمة وعن ابي حنيفة اذا سرق
عشرة دراهم مضروبة رائجة فيما بين الناس قطع وهذا يدل
على ان غير المضروب اذا كان رائجا بين الناس يقطع
لان المضروب وغير المضروب عند تساويا اذا كان
رائجا بين الناس لان الحكم لا يختلف بالضرب وغيره كالمكسرة
الصحاح فلما استويا في معاملة الناس في الامصار استوى
الحكم فيهما كذا هذا والمعتبر فيه وزن سبعة لان
الاجماع انعقد عليه واذا كانت قيمة المسروق كاملة
وقت السرقة ثم انتقصت في عينها لم يسقط القطع وان
كان في السعر سقط وعن محمد انه لا يسقط وهو
قول الشافعي لان نقصانه في السعر لا يربى على نقصانه
في الذات ونقصانه في الذات لا يسقط القطع فنقصانه
في السعر اولى ولنا ان نقصانه في السعر اورث شبهة
النقصان في حال السرقة فلم ينعقد موجبا للقطع لاحتمال
النقصان حال وجود السرقة لان العين قائمة بحالها فاذا
بحالها فلا يجوز القطع بها لا يجوز ايجاب القطع باخذها
ولان نقصان السعر غير مضمون بدليل ان القطع لو
سقط لا يجب عليه الا رد عينها ونقصان العين مضمون
بدليل ان القطع لو سقط يلزمه رد عينها مع ضمان نقصانها
واذا كان مضمونا لا يمكن جعل العين في الابتدا على هذه
الحالة ولو سرق في بلد ووجد في بلد اخر والقيمة فيه انقص

لم يقطع حتى تكون القيمة في البلدين عشرة دراهم ومنها
كون المسروق محرزا احرازا كاملا باب
الحرز والاخذ منه ❊ لا خلاف ان الحرز معتبر لقوله
تعالى عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين
فاذا اواه الجرين ففيه القطع وقال في حريسة الجبل والابل
غرامة مثلها وجلدات نكال فاذا اواه المراح ففيه
القطع غرامة مثلها وانما يكون محرزا باحد امرين اما
بما يعد للاحراز كالدور والدكاكين وما اشبه ذلك
واما بالحافظ فان من جلس في الطريق او في المسجد وعنده
متاعه فهو محرز به فان صفوان نام في المسجد متوسدا
برداءه فسرقه رجل فقطعه رسول الله وما كان
حرز النوع فهو حرز لسائر الانواع حتى قيل يشرحه البقال
حرز للجوهر لان الاموال سواء في الحرز وسواء في ذلك
سرق وباب الحرز مفتوح او لا اذا حصل بالبناء بالحجر
بالبناء الاحراز به واعد لذلك فلا يبطل بفتح الباب
وعدمه والمكان الذي لم يوضع للحرز تعتبر فيه الحفظ
سواء كان الحافظ نائما في ذلك المكان او مستيقظا
لحديث صفوان وما كان محرزا بالابنية فاذن له في دخوله
فسرق هذا الماذون له لم يقطع لانه لم يبق بالاذن حرزا
في حقه وان كان ثم حافظ او كان صاحب المنزل
نائما عليه لانه محرز بالبناء لا بالحافظ لكن بطل كونه
حرزا في حقه بالاذن وكذا لو سرق من بعض بيوت تلك
الدار وهو مقفل او من صندوق فيها لان الدار حرز

١

١٩٨

واحد فاذا ابطله كونه حرزا في حق العقر بطل في حق
الكل وما كان من هذه الابنية يدخل فيه بلا اذن من
شاء ولا يمنع منه فهو والصحرا سوا وانما يعتبر حرز الحافظ
لانه اذا كان بهذه الصفة لا يكون معدا للاحراز وعن
ابي يوسف في رجل كان في حمام او خان وثيابه تحت راسه
فسرقها سارق لا يقطع سوا كان نائما او يقظانا لانها
اعدا للاحراز لكن بطل كونها حرزا في حقه بالاذن وان
كان في صحرا وثوبه تحت راسه قطع لان الصحرا لم يعد
للاحراز فكان محرزا بصاحبه وعن محمد في السارق من
المسجد اذا كان ثم حافظ يقطع لما مر وان لم يخرج من
المسجد لانه محرز بالحافظ دون المسجد وعن محمد فيمن
سرق من حانوت في السوق ورب الحانوت قد قعد للبيع
واذن للناس في دخوله لم يقطع لان الحانوت حرز لكن
بطل كونه حرزا في حقه بالاذن وعن ابي يوسف في رجل
بارض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق
رجل منه شيا او سرق الجوالق قطع لانه محرز بالحافظ
وكذا اذا سرق فسطاطا ملفوفا عنده وان كان مضروبا
لم يقطع لان المضروب حرز والملفوف محرز به ولو اخذ السارق
في الحرز قبل ان يخرجه وقد حمله او لم يحمله لم يقطع لان تمام
السرقة بالاخراج ولم يوجد ولو رمى به خارج الحرز ثم علم
به واخذ فقال ان لم يخرج فلا قطع عليه لان الرمي لا يلبث
من السرقة ما لم يتصل به الاخذ لانه تضييع ولو خرج واخذ
المرمي به خارج الحرز قطع وقال زفر لا يقطع لعدم

وجود الاخراج ولنا انه اذا اخذ بعد الرمي اتصلت الاولى
فصار كفعل واحدة وانا لم يقطعه اذا لم يتصل به الاخذ
لانه تضييع وهذا المعنى معدوم هاهنا ولو ناول به الى صاحب
له خارج الحرز فاخذه المرمي اليه فلا قطع على واحد منهما
لانه لم يوجد من كل واحد منهما سرقة ولو ناوله اصحابه
ولم يخرج هو به قال ابو حنيفة لا قطع على واحد منهم وقال
ابو يوسف ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا لم يدخل
يده الى الحرز ولو كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذ
من الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول ابي حنيفة لان
فعل السرقة لم يوجد من كل واحد منهما لان الداخل لم
يخرج والخارج لم يهتك الحرز وقال ابو يوسف اقطعهما
وهذا الخلاف بنا على الخلاف في لص نقب منزلا وادخل
يده فيه واخرج المتاع فلا قطع عليه وقال ابو يوسف في الاملا
يقطع دخل او لا لان المقصود يحصل بالاخراج دون الدخول
فيتم السرقة به كما في الصندوق ولنا ما روي عن علي
كرم الله وجهه انه قال اذا كان اللص ظريفا لا قطع
عليه قيل له كيف يكون ظريفا قال يدخل يده في الدار ولا
يدخل ولان هتك الحرز شرط وذلك انما يتحقق بالدخول
فيما يمكن دخوله وبادخال اليد فيما لا يمكن دخوله والصندوق
لا يمكن الدخول فيه بخلاف الدار ولو ان لصوصا دخلوا منزلا
وحملوا المتاع على ظهر رجل واخرجوه من المنزل فانهم يقطعون
استحسانا والقياس ان لا يقطع الا الحمال وهو قول زفر
لان فعل السرقة يتم بالاخراج وانه وجد من الحمال دون

غيره وفعله غير مضاف الى الباقين بدلالة وجوب القطع
عليه بخلاف ما اذا حمله على ظهر دابة لان فعل الدابة
مضاف اليهم ولنا الحمل وجد من الكل والاخراج وجد ان
من واحد منهم باعانتهم فيضاف الى الكل كما لو رد في
قطع الطريق لكن هذا في الباب ان صورة الاخراج انعدمت
منه لكن انعدامها يرجع الى تكميل معنى السرقة وهو
ان يباشر البعض ويتشمر الباقون للدفع اذا ظهر عليه المالك
فلا يعتبر كما في قطع الطريق ولو نقب رجلان ثم دخل احدهما
واخرج المتاع فلما اخرجه الى السكة حملاه جميعا فان عرف
الداخل بعينه قطع لانه السارق دون الاخر وان لم يعرف
لم يقطع واحد منهما لان من يجب قطعه مجهول ويعزران
ولو نقب بيتا ودخل اليه وكان يرقب ليلا حتى سرق منه يقطع
لانه اخذ على سبيل الاستتار من اعين الناس وكان فعله
سرقة ولو سرق ثمرا من نخل لم يقطع لقوله عليه السلام لا
قطع في ثمر ولا كثر وان سرقها من الجرين قطع لقوله عليه
السلام فان اواه الجرين ففيه القطع وكذا الحنطة
في سنابلها وان كان عليها حائط قد استوثقوا منه و
احرزوها لان النقصان في حالها لا لعدم الحرز لان حالها
انما يتم اذا حصدت وجففت ولو سرق شاة او بقرة
او بعيرا من المرعى يقطع فان اواه العطن او المراح
قطع لقوله عليه السلام في حريسة الجبل او الابل فان
اواه المراح قطع وان كان معها راع لان المقصود من
الراعي الرعي لا الحرز والحفظ فلا يكون محرزا به حتى

انه لو كان ثم حافظ يقطع ولو سرق النخل باصلها لم يقطع
لانها مال تافه يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام فلم
يقطع بسرقته وان سرق الثمرة المجدودة من الجرين او
الحنطة المحصودة من حيزها او كانا محفوظين بحافظ
في الصحرا قطع والا فلا وان شق الجوالق وهو على ظهر
الدابة واخرج منه المتاع قطع لانه محرز بالجوالق
وان سرق الجوالق بنفسه او الجمل مع الجوالق لم يقطع لان
الجوالق حرز فلا يقطع بسرقته ولا يكون محرزا بالقايد
او السايق لان الشرط كونه محرزا مقصودا ولم يوجد لان
قصد السايق قطع المسافة بالسوق لا حفظ المال حتى اذا
كان ثم من يتبع الجمال لحفظ الاحمال يقطع لانه محرز به
ولا قطع على النباش في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
والشافعي يقطع بنا على ان القبر حرز عندهما لان حرز كل
شي ما يليق به واللايق بالكفن القبر وعندنا ليس بمحرز
لانه لا يخلو اما ان يكون الكفن محرزا بالقبر او بالميت
او بهما لا وجه الى الاول لانه لو سرق من قبر لا ميت فيه لم
يقطع ولا وجه الى الثاني لانه لو اخذ من ميت موضوع في
الصحرا لم يقطع ولا وجه الى الثالث لان ما ليس بموثر اذا انضم
الى ما ليس بموثر لا يكون موثرا ولو سرق من ذي رحم محرم
لم يقطع وقال الشافعي اذا لم يكن بينه وبين السارق ولاد قطع
وهذا على ان هذه القرابة ملحقة بقرابة الولاد عندنا في وجوب
الصلة وحرمة القطع ولهذا اذا ملك احدهما صاحبه يعتق عليه
عندنا وعند غيرنا فاذا ملكه لا يعتق عليه وفي القطع

المقطعة الرحم فلا يقطع ولا قطع على احد الزوجين اذا
سرق من الاخر وقال الشافعي اذا سرق من بيت سوى البيت
الذي هما فيه يقطع وهذا بنا على الخلاف في قبول شهادة
احدهما لصاحبه عندنا لا يقبل وعنده يقبل بنا على ان
لكل واحد منهما انبساطا في مال صاحبه من غير اذن
صريحا لوجود الاذن منه دلالة حاله وكذلك لو كانت
معتدة من ثلاث او غير بائن من الفرق لان العدة حق النكاح
فيلحق بحقيقته فيما يندرئ بالشبهة ولا قطع على خادم
القوم اذا سرق من جماعتهم ولا على ضيف سرق من مضيفه
ولا اجير سرق من موضع اذن له من الدخول فيه لانه يبطل
كونه حرزا في حقهم بالاذن في الدخول والاجير اذا سرق
المتاع المأذون له في اخذه لم يقطع لان الاذن في اخذه فوق
الاذن في دخول الحرز ولو سرق الاجر من البيت الذي
استاجره قطع في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يقطع لان
ملك المستاجر ثابت فيه فان تقاعد عن حقيقة الاطلاق فلا
يتقاعد عن شبهته ولنا ان البيت انما صار حرزا لكونه مؤويا
ولا حق للاجير في الابواب لانه من منافع الدار ولا حق له في
المنافع ولو سرق المستاجر من الاجر قطع ان كان في بيت
منفرد لانه لا حق له فيه ولو اخرج السارق المتاع من بعض
بيوت الدار الى الدار لم يقطع حتى يخرجه من الدار لان
الدار حرز واحد ولم يوجد الاخراج منها وان كان في
الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة واخرجه الى صحن الدار
قطع لان كل مقصورة حرز على حدة ه ه ه ه ه ه

باب ما يكون في حكم

سرقة او سرقات فاذا اخرج درهما من البيت الى صحن الدار
ثم عاد فاخرج ثانيا وثالثا حتى اخرج تمام العشرة ثم اخرجها
من الدار قطع لان الدار حرز واحد وقد اخرج النصاب منها
دفعة واحدة فكان سرقة بخلاف ما اذا اخرج في كل مرة من
الدار درهما حتى اخرج العشرة حيث لا يقطع لانه لم يخرج
النصاب دفعة واحدة فتعددت السرقة ولم توجد سرقة نصاب
وكذلك جماعة دخلوا دارا واخرجوا المتاع الى صحن
الدار ثم اخرجوه من صحن الدار دفعة واحدة فان كان
يخص كل واحد منهم عشرة دراهم قطعوا لانهم اخرجوا من الحرز
دفعة واحدة ما يخص كل واحد منهم نصابا وان تفرق الاخراج
يعتبر كل واحد من الاخراجات في نفسه وما اوجب القطع
فان السارق لا يضمن اذا قطع ولا يجتمع القطع والضمان و
قال الشافعي يقطع ويضمن ما استهلك لان سبب القطع و
الضمان قد وجد فيترتب عليهما حكمهما لان سبب القطع
السرقة وسبب الضمان اخذ مال معصوم حقا للمالك وقد وجد
فصار كما لو شرب خمر ذمي يحد ويضمن ولنا انه لم يوجد سبب
الضمان لان السرقة تناولت مالا غير معصوم حقا للعبد
بدليل ان القطع وجب حقا لله تعالى ولن يجب القطع حقا
لله الا اذا وردت السرقة على محل معصوم حقا لله والمال
معصوم بعصمة واحدة فعلم ان ما للعبد من العصمة صارت
لله تعالى اوان وجود السرقة فلم يبق معصوما حقا للعبد
وقد وجد اخذ مال غير معصوم حقا للعبد فلا يضمن ولو كانت

العين قائمة ردت الى المالك لان النبي صلى الله عليه
قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء الى صفوان ولو سقط
القطع بشبهة معترضة نحو ان ملك بعض المسروق ضمن
لان سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد انما كان ضرورة
انعقاد السرقة موجبة للقطع حقا لله فاذا لم يجب القطع
لا تسقط عصمة العبد فيضمن لان الشبهة المعترضة
كالمقترنة في الباب والمقترنة تمنع انعقاد السرقة موجبة
للقطع ولو سرق عشرة دراهم من منزلين مختلفين لرجل
واحد لم يقطع لانه ما وجد اخراج عشرة من حرز لانه اخرجها
من حرزين ولو سرق عشرة دراهم من موضع واحد لعشرة
انفس قطع لانه وجد اخراج النصاب من حرز وان
تفرقت املاك المسروق منهم لان المعتبر اخراج النصاب
من حرز واحد سواء كان المسروق لفرد او جماعة عشرة
انفس كل واحد منهم في بيت على حدة من دار فسرق رجل
من كل واحد منهم درهما قطع اذا اخرج الجميع من الدار
دفعة واحدة لانه اخرج النصاب من الحرز دفعة واحدة
ولو كان ثمة كان البيت حجرة لكل واحد منهم فسرق من
كل واحد اقل من عشرة لم يقطع لانه لم يوجد اخراج
النصاب من حرز لان كل حجرة حرز على حدة بخلاف
البيت ولو سرق ثوبا قيمته اقل من عشرة فوضعه على
باب البيت ثم دخل واخذ ثوبا اخر واخرجهما لم يقطع لان
الاخراج قد تفرق ولم يوجد في كل مرة اخراج النصاب

باب

السارق يحدث في السرقة قبل اخراجها ما يوجب الضمان
سارق دخل دارا واحد ثوبا فشقه بنصفين ثم اخرجه وهو
يساوي عشرة دراهم مشقوقا قطع في الروايات المشهورة
عن ابي حنيفة ومحمد او ضمن نقصان الشق وعن ابي
يوسف عن ابي حنيفة انه لا يقطع وهو قول ابي يوسف
لان الشق سبب الملك فاورث شبهة الملك ولنا ان
الشق جناية فلا تصح سببا للملك وانما يملكه عند اداء
الضمان ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
فقبله ليس فيه ملك ولا شبهة ملك ولو اختار المالك
تضمين السارق وتسليم الثوب اليه لم يقطع لان الملك
ثبت مستندا الى وقت الاخذ فاورث شبهة ولو خرق الثوب
تخريقا فاحشا بحيث يعد به مستهلكا ثم اخرجه وقيمته عشرة
لم يقطع في قول ابي حنيفة ومحمد لان الخرق اذا فحش فهو
استهلاك فيستقر الضمان قبل الاختيار فيملك السارق
المسروق بخلاف ما اذا لم يفحش لان الضمان يتوقف استقراره
على اختياره فقبل ان يختار المحل خلوا من ملكه وحق ملكه
فينعقد السرقة موجبة للقطع فيقطع وقال ابو يوسف يقطع
وهذا يضاد قوله في الفصل الاول لانه في الخرق اليسير
اذا لم يجب القطع ففي الكثير اولى ومع ذلك قال في الكثير
يقطع ولو دخل الحرز فذبح الشاة ثم اخرجها لم يقطع لان
بالذبح صار لحما وسرقة اللحم لا توجب القطع فصل
قد ذكرنا ان العين اذا كانت قائمة وجب ردها
على المالك وكذلك لو كان السارق اعطاها متبرعا او

وهبها ردت على مالكها والتمليك باطل لان ملك المسروق
فيها قائم فلا يصح تصرف غيره فيها تمليكا بغير اذنه وان
هلكت في يد المشتري وقد كان البيع قبل القطع او بعد
فلا ضمان على السارق لانه لا يجامع القطع ولا على القابض
هكذا روي عن ابي يوسف لانه لو ضمنه لرجع على
السارق فيصير تضمينا للسارق معنى ولو هلكت في يد
الغاصب من السارق فلا ضمان على الغاصب لما بينا
والاولى ان يقال يضمن الغاصب لان الغاصب اذا
ضمن لا يرجع على السارق بخلاف المشتري ولو استهلك
السارق المسروق بعد القطع لم يضمن في المشهور من الرواية
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يضمن اذا استهلك
وان هلك او سرق لم يضمن لان العصمة وان سقطت
لكنها تعود لان سقوطها كان ضرورة وجوب القطع
حقا لله تعالى وما ثبت بالضرورة يتقدر بها ولا ضرورة بقدرها
بعد القطع فتعود العصمة ويصير امانة في يده فيضمن
بالاستهلاك دون الهلاك كما في الامانة ولنا ان العصمة
انما تعود بسبب جديد ولم يوجد لان سببها الاعادة
الى يد المالك ولو وجدها المالك في يد المشتري من
السارق فله ان ياخذها ورجع المشتري على السارق
بالثمن الذي دفعه اليه لانه وجد عين ماله فكان
احق به وكذلك لو كان المشتري او الموهوب له
استهلكه كان للمالك ان يضمنه القيمة لان سقوطها
العصمة لم يظهر الا في حق السارق ورجع المشتري

على السارق بالثمن دون القيمة لان الرجوع بالثمن لا يوجب
ضمانا على السارق في عين المسروق فلا يكون تضمينا له
معنى ولو سرق ثوبا ثم احدث فيه حدثا يوجب نقصانا قطع
ولا ضمان عليه لان نقصانه لا يزيد على هلاكه وهلاكه
لا يسقط القطع ولا يصير مضمونا فكذا نقصانه وان
العين نقصانا لو احدث ما يوجب زيادة كالخياطة
سقط حق المالك عن العين لان الغاصب لو فعل ذلك
ملكها المالك وصار للغاصب فكذا السارق ولا ضمان
لانه لا يجامع القطع وان كانت زيادة لا يوجب انقطاع
حق المالك عن العين في باب الغصب كالصبغ ومااشبه
ذلك قال ابو حنيفة يقطع السارق ولا سبيل للمالك على
العين المسروقة وقال ابو يوسف ياخذ المسروق منه
الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه لان الغصب بمنزلة
السرقة الا انه يرجع الى التضمين فاذا تعذر التضمين
تعين الوجه الاخر وهو ان ياخذ ثوبه ويعطي ما زاد الصبغ
فيه ولنا الفرق بينهما وهو ان في الغصب اجتمع حقان
حق الغاصب في الصبغ وحق المالك في الثوب وكلاهما
متقوم معصوم لكن خيرنا المالك لانه صاحب اصل
وانه اقوى بخلاف ما نحن فيه فان حق السارق في الصبغ
وان كان متقوما معصوما لكن حق المالك في الثوب
غير معصوم في حق السارق ولهذا لا يضمن وقد صار مستهلكا
فصار العين تبعا للوصف وتعذر تضمينه لكيلا يؤدي
الى الجمع بينه وبين القطع فصار لهما جانبا وقال ابو حنيفة

لا يحل للسارق بان ينتفع به بوجه من الوجوه لان ملك
المسروق منه باق فيه وكذلك لو خاطه قميصا لانه ملكه
بوجه محظور وقد تعذر تضمينه فلا يطلق له الانتفاع
به وعلى هذا المسلم اذا دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا
من اموالهم لم نحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله
وكذلك الباغي اذا اتلف على ذلك مالم لم نحكم عليه بالضمان
لكن يلزمه فيما بينه وبين الله وكذا الحربي اذا اخذ
شيئا من اموال الناس ثم اسلم لم نحكم عليه بالرد ويلزمه فيما بينه
وبين الله وكذلك السارق اذا استهلك العين المسروقة
نفتي باداء الضمان فيما بينه وبين الله وكذلك قاطع الطريق
اذا قتل انسانا بعصا فانا نفتي باداء الدية الى وليه لان
الاصل في هذه المسائل ان كل فعل انعقد سببا لوجوب
حكم وتعذر ايجابه بعارض ظهر اثر العارض في الحكم و
يعتبر قضية السبب فيما بينه وبين ربه بخلاف الحربي اذا
قتل مسلما بعصا ثم اسلم فاني لا افتي بدفع الدية الى الولي
لان قتله لم ينعقد سببا للضمان لان عصمة المحل لم تظهر
في حقه اصلا بخلاف قاطع الطريق لان سبب الضمان
انعقد وانما تعذر ايجابه لكيلا يؤدي الى الجمع بينه وبين القطع
ولهذا اذا سقط القطع يجب الضمان

باب

ما يجب الحد في سرقته وما لا يجب اذا سرق ما يتسارع
اليه الفساد مثل الطعام الرطب والفاكهة الرطبة والبقول
لا قطع فيه في قول ابي حنيفة ومحمد وكذلك ما يوجد
مباحا تافها في دار الاسلام ولان في كون ما يتسارع اليه

الفساد محرزا خلل لان الاحراز صيانة للانتفاع
به عند الحاجة وذلك انما يتحقق على الكمال فيما لا يتسارع
اليه الفساد وفيما يوجد جنسه مباحا تافها في دار الاسلام
لقول انما لم يقطع عائشة رضي الله عنها كان لا يقطع في
عهد رسول الله في الشيء التافه وهو الذي يقل فيه الرغبات
ولا يوجد مع القلة عليه ولانه اذا كان بهذه الصفة فلا
يكون خطيرا او في خطره خلل فاشبه ما دون النصاب
ولانه اذا كان بهذه الصفة كان في الحرز خلل لانه
لا يحرز احراز ساير الاموال والسرقة الموجبة للقطع
اخذ مال الغير من حرز كامل قصدا احرازه معصوم
حقا للعبد قبيل سرقة وحقا لله او ان السرقة على سبيل
الخفية واما عند ابي يوسف والشافعي يقطع في الفصلين
لان المعتبر عندهما كمال المالية وقد وجدت لانه لا
نقصان في ماليته هذه الاشياء لان الانتفاع بها يقع على
وجه الكمال ولا قطع في طير ولا صيد وحشيا كان او
اليفا لقوله عليه السلام لا قطع في طير ولان في احرازهما
قصورا لان الطير يطير والصيد ينفر ولا قطع في السمك
مالحا كان او طريا لان جنسه يوجد مباحا تافها في دار
الاسلام واما النفائس الابنية التي يبقى في ايدي
الناس في الصحيح من الرواية عن ابي حنيفة وجوب القطع
لانه لا قصور في حرزه ولا نقصان في ماليته ولا قطع
في شيء من الحطب والحشيش والخشب لان جنسه يوجد مباحا
تافها الا الساج والابنوس والصندل والقنا لانه

لا تفاهة في الاربعة لانها اعز الاموال ولا قصور في الحرز
لانها تحرز كما تحرز ساير الاموال واذا صنع الخشب بابا
او انا قطع فيه لان الصناعة ابطلت معنى التفاهة فالتحقت
بالاموال الخطيرة ولا قطع في اللحم لان الفساد يتسارع اليه
ولا في التراب والطين والجص والنورة واللبن والاجر
والزجاج لان في حرزها قصورا لانها تطرح على الطريق
وانما تدخل في البيوت للاستعمال ومن اصحابنا من حمل الزجاج
على المكسر منه لانه تافه دون الصحيح ويقطع في
الجواهر واللالي لانها اعز الاموال تحرز احراز ساير الاموال
ولو سرق صليب ذهب او فضة او صنما فلا قطع فيه وان
كان محرزا لانه يحرز للعبادة لا للتمول ولانه ماذون
في كسره فلا يبقى الحرز حرزا في حقه وعن ابي يوسف
اذا كان في مصلاه لم يقطع وان كان محرزا في بيت آخر
قطع ولو سرق الدراهم التي عليها التماثيل قطع لانها تحرز
للتمول ولو سرق ذمي من ذمي خمرا لم يقطع لان في ماليتها
نقصان لانه ليس بمال متقوم عندنا ولو سرق شطرنج
ذهب لم يقطع لانه تحرز للعب لا للتمول فكان في الحرز
قصور ولو سرق مصحفا او صحيفة فيها شعر او حديث او
عربية لم يقطع لان المقصود من الكتاب ما يكتب فيه
ولهذا اشار في كتاب السرقة وقال انه قرآن ومعناه انه
يحرز لما فيه من القرآن لا للجلد والاوراق فلم يكن محرزا
مقصودا وقال ابو يوسف يقطع لانه مال يجوز بيعه واما
دفاتر الحساب ودفاتر البياض يقطع فيها لانه لا نقصان

في ماليتها وقال ابو حنيفة يقطع في الحبوب كلها والادهان
الطيبة والخل والكتان والصوف وجميع الاواني من
الصفر والحديد وكذلك لو سرق النحاس نفسه او الحديد
نفسه لانه في ماليته هذه الاشياء ولا قصور في حرزها ولا لانقصان
قطع في البواري لان الصنعة ما اخرجتها عن التفاهة
بخلاف الحصير اذا عمل اواني او الحصر البغدادية فانها
اموال عزيزة تحرز كما تحرز سائر الاموال الخطيرة وعن ابي
حنيفة لا قطع في عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا
فحم لانه تافه يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام وعن ابي
يوسف انه يقطع في العفص والاهليلج والادوية اليابسة
لان اليابسة لان المعتبر عنده المالية بحصول الكمال وانها
موجودة في هذه الاشياء وعن محمد لا قطع في العاج ما لم
يعمل منه شي وقيل في المعمول كذلك الا في العاج الذي
هو من عظام الفيل لان بعض الفقهاء منع عن الانتفاع
به ولا يجوز بيعه فكانت ماليته مختلفا فيها بخلاف
العاج من عظام الابل لانه مال بالاجماع الا ان غير
المعمول منه يوجد جنسه مباحا تافها دون المعمول لان
الصنعة ابطلت التفاهة ولا قطع في طعام لا يبقى لان
الفساد يتسارع اليه وكذلك في اللحم والطري والضعيف
وعن محمد في جلود السباع المدبوغة انه لا قطع فيها لانها
اجزاء الصيد فيأخذ حكم جملته فان جعلت مصلى او بساطا
قطع لانها بالصنعة صارت مالا اخر ولا قطع في قصب
النشاب لانه تافه يوجد جنسه مباحا فان اتخذ منها

قطع لان الصنعة ابطلت معنى التفاهة وصيرته
مالا خطيرا ولا قطع في نبيذ تمر او عسل او زبيب لانه
مختلف في اباحته ولا قطع في اللبن لان الفساد
يتسارع اليه ولا في القرون معمولة كانت او غير معمولة
اذا كانت قرون ميتة لانها مختلف في ماليتها وان
كانت مذكاة وهي معمولة قطع لانها مال بالاجماع ه

باب

من لا يقطع بالسرقة لا قطع على الخادم اذا سرق ممن يخدمه
ولا على خادم المنكوحة اذا سرق من زوجها لانه لم يبق
حرزا في حقه لوجود الاذن ولا على من سرق من بيت
المال لان له فيه حقا ولو سرق من بيت المال لان له فيه
حقا ولو سرق من محرم منه من الرضاع قطع في قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا سرق من امه من الرضاع
لم يقطع لان له تبسطا في مال الام دون الاخت وانما ان
المحرم بلا علة الرحم كالرحم بدون المحرم ثم السارق من ذي
الرحم المحرم ليس بمحرم يقطع كذا ههنا ولا قطع على من سرق
من الحرز في المستامن استحسانا لان الحراب يسبب اباحة
نفسه وماله وانه قائم فان تقاعد عن افادة حقيقة الاباحة
فلا اقل من ان يفيد شبهتها ولا على من سرق من عبده
المأذون لان المولى يملك كسبه اذا لم يكن عليه دين
فلو كان عليه دين فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف عند
وان لم يملك ولكن له حق استخلاصه باقيا من محل اخر
وكذا اذا سرق من مكاتبه لان له حقا في كسب المكاتب

والقطع على العبد والمكاتب والمدبر إذا سرق من المولى لأن
قيام ملكهم فيهم أورث بسوطة يدهم في مال سيدهم وإنه مخل
بالحرز ولو سرق من امرأة أبيه أو زوج أمه أو ابن امرأته
أو أمها فلا يقطع عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يقطع
إذا سرق من غير منزل السارق أو منزل أبيه أو ابنه لأنه
أجنبي عن مال هؤلاء ولنا أن هؤلاء أن يتزاوروا فأورث
شبهة الإذن في الدخول فاختل الحرز به في حقهم ولو سرق
من منزل من يضاف إليه السارق يعني أبويه أو أضاف إلى
السارق يعني أولاده لم يقطع ولا قطع على من سرق من مطلقته
في العدة أو مطلقة سرقت ممن طلقها ثلثا في العدة
لأن العدة أثر النكاح فتلحق به ولو سرق الراهن الرهن
من بيت المرتهن لم يقطع لأنه ملكه ولو كان في يد عدل
فسرقه الراهن أو المرتهن فلا قطع على واحد منهما أما
الراهن فلأنه مالك وكذا المرتهن لأن يد العدل كيده
ولو سرق من منزل غريم له دراهم قدر حقه لم يقطع لأن له
أن يمد يده ويأخذ ما جاء دائنا كان حالا من جنس حقه
وكذا إذا كان أكثر من حقه لأنه في قدر حقه لا يجب
لما بينا فكذا في الباقي لأنه صار شريكا وكذلك إذا
كان المأخوذ أجود من حقه أو أردى لأنه يصلح قضاء
ولهذا إذا تجوز بعد الأردى جاز أو رضي به الآخر في الأجود
جاز وكذا إذا كان دينه مؤجلا استحسانا والقياس
أن يقطع لأنه ليس له حق الأخذ في الحال الدين المؤجل
واجب لكن المطالبة متأخرة فأورث ذلك شبهة في درء ما يندرئ

بالشبهة ولو سرق دنانير أو متاعا وحقه دراهم قطع لأنه
ليس له أن يمد يده ويأخذ ولا يصير عوضا عن حقه إذا
أخذ إلا بالتراضي فيصير ذلك بيعا ولو سرق رب
الدين حليا من فضة ودينه دراهم يقطع لأن الحلي بالمضروب
لا يقع قصاصا وإنما يقع بيعا عند التراضي فأشبه سرقة
المتاع ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع
لأنه لا حق له في القبض إلا أن يكون المولى وكلهما في
القبض ولو سرق من غريم أبيه أو ابنه الكبير أو مكاتبه
أو عبده المأذون المديون قطع لأنه لا حق له فيه ولا في قبضه
بخلاف ولده الصغير لأنه له حق قبض واستيفاء ما دام
صغيرا ولو سرق من امرأة ثم تزوجها قبل القضاء بالقطع
أو بعده لم يقطع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يقطع لأن
الزوجية لو كانت عند السرقة لم يقطع لمكان الشبهة
فإذا طرأت بعد القضاء فلو لم يقطع إنما لم يقطع لمكان شبهة
الشبهة وإنها لا تدرأ بخلاف المعترضة قبل لأنها أبطلت
الخصومة التي هي شرط ظهور السرقة ولنا أن الاستيفاء من
تمام القضاء فالمعترض قبل الاستيفاء كالمعترض قبل القضاء
ألا ترى أن أبا يوسف يوافقنا في شهود الزنا إذا رجعوا
بعد القضاء قبل الإمضاء يحدون كما لو رجعوا قبل القضاء ثم

باب

السارق يسرق مالا من غير مالكه هم السارق من المودع
أو المستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض
على سوم البيع والمرتهن يقطع بخصومتهم وقال زفر والشافعي

لا يقطع لان السرقة انما تظهر بدعوى المالك ونائبه وهولاء ليسوا
بمالك ولا نائبين عن المالك في دعوى السرقة في حق القطع
لانه لو ظهرت السرقة بدعواهم يبطل عصمة المحل فيبطل
حقهم في الاسترداد وحق الخصومة انما يثبت لتمكين من
الاسترداد ولنا ان السرقة الموجبة للقطع ظهرت عند القاضي
فيتمكن من القطع لان الظهور بعلته وهي البينة لكن البينة
انما ينعقد علة الظهور عند دعوى معتبرة ودعوى
هولاء معتبرة لان دعوى المالك انما اعتبرت لحاجته
الى استرداد العين لينتفع بها وحاجة هولاء ماسة الى
الاسترداد اما المستعير فظاهر لانه يحتاج الى استرداد
لينتفع بالعين وكذلك المبضع والمضارب لتصرف وكذلك
الغاصب ليردها الى مالكها فيخرج عن العهدة وكذلك
المرتهن ليحبس حتى يستوفي الدين ولو حضر المالك وغاب
المودع فله ان يخاصم ويقطع بها كذا ذكر في الجامع الصغير
وذكر ابن سماعة عن محمد انه ليس له ان يقطع لانه سرق
من غير امينه لا منه ولنا امينه نائبه فاذا قطع بخصومة نائبه
نائبه فبخصومته اولى وليس للراهن ان يقطع لان حق
المرتهن فيه قائم فقطعه يؤدي الى ابطاله ولو سرق من السارق
لم يقطع لان عصمته قد بطلت وفي ثبوت حق المطالبة برد
العين الى السارق روايتان فالاولى ان يثبت له حق المطالبة
لحاجته الى الرد الى المالك ليخرج عن العهدة ولو سرق
الرهن وهلك في يده كان للمرتهن ان يقطع لان له
ان يقطع قبل الهلاك فكذا بعده لان هلاكه لا يسقط

القطع وليس للراهن ذلك لانه لم يبق له فيه حق

باب السارق يرد السرقة قبل القطع او يملكها

اذا رد العين
المسروقة قبل المرافعة لم يقطع في قول ابي حنيفة ومحمد
ويقطع في قول ابي يوسف ولو ردها بعد المرافعة يقطع
في قولهم هو يقيسه على الرد بعد المرافعة ونحن نفرق
بينهما ونقول بالرد قبل المرافعة بطل حقه في الخصومة
فلا توجد الخصومة التي هي شرط ظهور السرقة وبالرد بعدها
لا ينعدم الشرط لان الخصومة قد وجدت قبل الرد
وبالرد تناهت لانها للاسترداد والشرط وجود الخصومة
لا بقاؤها او بقاؤها تقديرا وقد وجد ولو ملك السارق المسروق
قبل القضاء او بعده لم يقطع في قول ابي حنيفة ومحمد
ويقطع في قول ابي يوسف والشافعي اذا ملك بعد الترافع
لان السرقة الموجبة للقطع قد وجدت وافادت حكمها
فلا يسقط بالملك من بعد كالرد بعد المرافعة بخلاف ما
اذا ملكه قبل الترافع لان الخصومة التي هي شرط لم توجد
بعد والملك ينافيها ولنا الامضاء من تتمة القضاء فالمعترض
قبله كالمعترض قبل القضاء لان القطع لا يجب في الذمة
حتى يستوفي فيمثله كالدين وانما الواجب عين ما يستوفى
فلا يظهر القضاء فيه الا حين يستوفى فكانت حالة
القضاء والامضاء واحدة فيكون المعترض قبل
الامضاء كالمعترض قبل القضاء بخلاف الرد فانه منهي الخصومة
لا مبطل ولو امر الامام بالقطع فعفى المسروق منه كان

عفوه باطل لانه حق الله فلا يصح عفوه عنه ولو قال المسروق
منه شهد شهودي بزور او قال لم يسرق مني لم يقطع لانه
اخبر ان السرقة لم تظهر فاورث خبره شبهة فصل
اذا قطع في عين فردها ثم سرقها ثانية لم يقطع استحسانا
وقال الشافعي يقطع لان سبب القطع السرقة وقد تكررت
لانها اخذ مال متقوم معصوم حقا للعبد قبل السرقة
وحقا لله او ان وجود السرقة على سبيل الخفية وقد تكررت
لان العصمة عادت بالرد اليه فيتكرر موجبها كما اذا
سرق غزلا فقطع فيه فرده ثم سرق بعد النسج او حنطة فسرقها
مرة اخرى بعد الطحن او قطع في قطن فرده ثم سرقه بعد
الغزل يقطع مرة اخرى كذا هذا ولنا ان الشبهة تمكنت في
العصمة لان دليل سقوطها بالسرقة قايم وهو القطع بدليل اثره
فاورث شبهة للعدم والشبهة في الباب ملحقة بالحقيقة
ولو انعدمت الحقيقة لم ينعقد السرقة موجبة للقطع فكذا
اذا تمكنت شبهة العدم بخلاف ما اذا سرقه بعد ما احدث
فيه ما يقطع حق المالك بالغصب كالطحن والنسج والغزل
لان العين تبدلت في هذه المواضع فتبدلت العصمة ولو
قطع في بقرة فردها فولدت فسرق الولد قطع لان الولد عين
اخر غير الام ولو قطع في ثوب خز فرده ثم نقض فسرق النقض
لم يقطع لانه جزء الثوب وجزء الشيء وان لم يكن عينه لكن
ليس غيره ولو سرقه بعدما غزل النقض قطع لانه صار
شيئا اخر ولو قطع في شيء فرده فسرق غيره قطع لان دليل
سقوط العصمة قطع يد السارق ولم يوجد هذا في حق سارق

اخر ولو سرق سرقات ثم رفع في بعضها فقطع فالقطع بجميع السرقات
لانه عقوبة تجب حقا لله والعقوبات اذا اجتمعت
اكتفي بواحد منها كحد الزنا ويسقط الضمان في جميع ذلك
خاصموا او لم يخاصموا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يسقط الضمان في حق السرقة التي خوصم فيها لان المسروق
المسروق منه مخير بين دعوى المال ليستوفي ضمانه وبين
دعوى السرقة ليستوفي حق الله فكان وجوب الضمان بناء
على دعوى السرقة واختياره سقوط الضمان وانما وجد
في حق من خاصم دون غيره ولنا ان السرقة انعقدت موجبة
للقطع حقا لله لكن لا يتمكن من الاستيفاء الا بعد
ظهورها وشرط ظهورها الخصومة وقد وجدت في
حق سرقة واحدة فظهرت وقطع بها ووقع القطع عن
السرقات كلها فسقط الضمان ضرورة انهما لا يجتمعان
فصل واذا كان جماعة السراق فيهم صبي او مجنون
درئ القطع عنهم في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف
ان ولي الصبي والمجنون اخراج المتاع درئ عنهم وان ولي غيرهما
قطعوا الا الصبي والمجنون لان المباشر اصل والرد تبع فاذا
سقط حكم فعل التبع بخلاف ما اذا ولي غيرهما لانهما تبع للمباشر
وبطلان القطع في حق التبع بعارض لا يوجب بطلانه
في حق الاصل ولنا ان الفعل وجد من الكل ووجب على كل واحد
القطع بفعله فاذا تمكنت الشبهة في حق احدهم سقط عن
الباقين كالخاطئ مع العامد اذا اشتركا في القتل وعن ابي
حنيفة في رجلين اقرا بسرقة ثوب يساوي مائة ثم قال

أحدهما الثوب ثوبنا لم يسرق درئ عنهما القطع لأن بدعوى
أحدهما الملك في محله واحد تمكنت الشبهة في الفعل وإنه
واحد لم يتعدى إلى الآخر ولو قال أحدهما أنا سرقنا هذا الثوب
من فلان وكذبه الآخر قطع المقر وحده في قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما لأنه أقر بسرقة مشتركة
وبتكذيب الآخر بطلت الشركة فلم يبق ما أقر به بخلاف
ما إذا أقر أنه زنا بفلانة وكذبته المرأة حيث يحد المقر
وحده عنده لأن فعلها تبع لأنه تمكين من الزنا ولهذا يتصور
الزنا من الرجل بدونها بأن كانت صبية أو مجنونة وإنما
بإنكارها التحق فعلها بالعدم وعدم فعلها لا يمنع وجود فعله
هذا الخلاف ما إذا أقر أنه زنا بفلانة وأنكرت هي حيث
لا يحد المقر على أصله لأنها محل والفعل لا يتصور بدون
محله بخلاف ما نحن فيه ولو شارك صبي أو ذو رحم محرم من
المسروق منه أو شريكه في المتاع فلا قطع على واحد منهما في
قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يجب على شريك الصبي
والمحرم ولا يجب على شريك المسروق منه في المتاع وعلى
هذا الخلاف إذا كان في قطاع الطريق صبي أو مجنون أو
أخرس لأن فعل الشريك لم ينعقد سرقة لكونه مأذونا في
الأخذ وفعل الصبي وذي الرحم المحرم انعقد سرقة لكن امتنع
حكمه لعارض يخصهما فلا يوجب سقوطه في حق غيرهما
وكذلك إذا كان مع قطاع الطريق والأخرس لأنه يحتمل
أن يكون ثم شبهة دارئة للحد لا يقدر على إظهارها لأجل
الخرس وأبو حنيفة يقيسهما على الشريك لأن المعنى يجمعهما إلا أن

فعلهما لم ينعقد سرقة موجبة للقطع لكونهما غير جناية
لأن الفعل منهما لا يقع جناية كما أن فعل الشريك لم ينعقد
موجبا للقطع لعدم الحرز في حقه ولو سرق إناء فضة أو ذهب
فيه نبيذ أو ماء أو نحوه لم يقطع في قول أبي حنيفة ومحمد
لأن المقصود بالسرقة ما في الإناء ولا قطع فيه فكذا في الإناء
لأنه تبعه ولهذا إذا سرق كلبا أو ما أشبهه من السباع
وفي عنقه طوق ذهب لم يقطع وكذا إذا سرق مصحفا مفضضا
أو مرصعا لم يقطع لأن المقصود هو المصحف والكلب وقال
أبو يوسف يقطع لأن ما لا قطع فيه التحق بالعدم فبقي ما يقطع ط لا يقطع
فيه معتبرا قلنا لما سقط اعتبار الأصل يسقط اعتبار التبع
لأنه لا يقطع عن أصله ولو سرق كوزا فيه عسل وقيمته
يبلغ عشرة قطع وكذا لو سرق حمارا وإكافا قيمتها عشرة
لأن المقصود هو العسل والحمار وفيهما القطع فيكمل
نصابهما من تبعهما وهو الإكاف والكوز ولو شرب الماء
الذي في الإناء قبل الإخراج ثم أخرجه فارغا قطع لأنه
صار مقصودا بالسرقة بعد الشرب ولو سرق صبيا حرا لم يقطع
لأنه ليس بمال فلا يكون أخذه على سبيل الخفية سرقة
وكذا إذا كان عليه حلي في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا
لأبي يوسف لأن الحلي تبع له فما دام لا يقطع في الأصل لم يقطع
في التبع وإن كان الصبي يمشي ويتكلم وعليه حلي فلا قطع
في قولهم لأن يده ثابتة على نفسه وعلى ما عليه فلا يمكن سرقته
وإنما أخذه خداع وغرور ولو سرق عبدا صغيرا لا يتكلم
ولا يعقل قطع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع لأنه

ادمي من وجه مال من وجه فلا ادري الفعل بين ان يكون سرقة
موجبة وبين ان لا يكون فلا يكون سرقة بالشك ولنا
ان الآدمية لا تخل بمعنى المالية فكان ادميا من كل
وجه ومالا من كل وجه فيقطع بسرقته ولو سرق خرقة
صر فيها الدراهم قطع لان المقصود الدراهم دون الخرقة
لان الخرقة وعاء فاشبه الاناء ولو كانت الدراهم مصرورة
مصرورة في طرف ثوب او شيء لا يكون وعاء لها في العادة
فان ابا حنيفة قال لا اقطع فيه الا ان يكون قيمة ذلك
الشيء عشرة دراهم وعنه في رواية اخرى ان علم بها قطع لانه
قصدها وان لم يعلم فلا لانه لم يقصدها وهو رواية عن ابي
يوسف وروي عن ابي يوسف انه يقطع علم او لم يعلم لان
العلم ليس بشرط ولهذا اذا سرق شيئا لا يعرف قيمته قطع
ولنا ان العلم يعتبر ليقع فعله جناية فاذا علم باصله دون
قدره يصير جناية بخلاف ما اذا لم يعلم اصله وانما اعتبر
ابو حنيفة النصاب في الثوب لانه هو المقصود بالسرقة
لانه لم تجر العادة بجعله وعاء للدراهم ولو اقر بالسرقة مرة
قطع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع
حتى يقر مرتين هو يعتبر الاقرار بالشهادة وعدد يتعلق
بالشهادة الحاقا بالزنا ولنا ان التكرار في باب الزنا
ثبت معدولا به عن القياس فلا يلحق به غيره ولو اقر
انه سرق من فلان الغائب لم يقطع حتى يحضر ويطالب بها
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع لان اقراره
بالحد حجة على نفسه على وجه لا شبهة ولا تهمة فيه فيحد

وقف على رجل واوصى اليه بالولاية وجعل آخره للمساكين و
غير مامون اخرجه القاضي من يده نظرا للمساكين وصرف
اليه غلته مدة حيوته لانه اذا مات يكون للفقراء فلو لم
يخرجه من يده ادى الى الضرر بالفقراء ولو وقف ولم يشترط
الولاية لنفسه ولا لغيره فما لم يسلم الى المتولي فاليه التولية
اما عند محمد فلان التسليم شرط فلا بد من تسليمه الى المتولي
واما عند ابي يوسف فلان الولاية والتولية الى الواقف
عنده قبل التسليم الى المتولي وبعده حتى ان عنده اذا وقف
ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فهو اولى بذلك الا
ان القاضي ينتزعه من يده اذا ظهر منه خيانة لان
الولاية مقيدة بشرط النظر والمصلحة للوقف وكذلك
اذا اتهمه القاضي بالتقصير في العمارة وحفظ الغلة اخرجه
من يده ولو وقف بشرط ان يليه بنفسه ما دام حيا لم يصح
عند محمد لان التسليم عنده شرط وشرط الولاية لنفسه يخل بهذا
الشرط وعند ابي يوسف يجوز وان اراد الموقوف عليهم ان
يخرجوه ليس لهم ذلك ما لم يظهر منه ما يوجب الاخراج كشرب
الخمر لان الشرط مراعى وان ظهر منه ما يوجب الاخراج اخرجه
لان ولايته مقيدة بالمصلحة والنظر للوقف وان سلمه الى
المتولي ثم اراد ان يعزله ان كان شرط لنفسه ولاية
العزل والاستبدال حين وقف كان له عندهما نص عليه محمد
في السير الكبير اما على قول ابي يوسف فظاهر لان له ذلك بدون
الشرط فمع الشرط اولى واما عند محمد فلان هذا الشرط
لا يخل بشرط الجواز وهو التسليم بخلاف ما اذا شرط ان يليه

بنفسه لانه يملك وان لم يكن شرط لنفسه ولاية الاستبدال
والعزل ليس له ان يعزل عند محمد وان مات الواقف
لا ينعزل المتولي عنده وعند ابي يوسف له ولاية العزل
حال حيوته وينعزل بعد مماته لان عنده المتولي كالوكيل
وللموكل ان يعزل وكيله وان لم يعزله ينعزل بموته ولو ولاه بشرط
ان لا يعزله له ان يعزله عنده كما اذا وكله بشرط ان لا
يعزله خلافا لمحمد وهذا الخلاف بناء على الخلاف في ان
التسليم الى المتولي هل هو شرط ام لا والفتوى على قول
محمد وللمتولي ان يبدا من غلة الوقف بعمارته واجرة القوام
عليه سواء شرط الواقف او لا لان من شرطه التابيد ولا تابيد
بدون العمارة ويحتاج في تفرقه الى النظر للوقف والغبطة
لان ولايته مقيدة بذلك حتى انه لو اجر الوقف من نفسه او
سكن باجر المثل لا يجوز وكذا اذا اجر من ابيه او ابنه او
عبده او مكاتبه لان المصلحة في غير ذلك ولا يؤجر
من الاجنبي الا باجر المثل او اكثر وان اجر باقل ان كان
يسيرا جاز لان الاحتراز عنه متعذر وان كان كثيرا لا
يجوز لان الاحتراز عنه غير متعذر ولانه مقيدة
بالنظر ولا نظر فيه ولا يواجر غير الضياع اكثر من
سنة مخافة الاندراس والضياع اكثر من ثلث سنين
هذا ذكره الحسام انه كان يخير في ثلث سنين فيهما وذكر
ان المختار في الفتوى ان يفتى بالجواز في الضياع الى ثلث سنين
الا اذا كانت المصلحة في عدم ذلك وفي غيرها بعدم الجواز وفي
غيرها بعدم الجواز اكثر من سنة واحدة الا اذا عقد العقود

بالكم ولو حل الرباط ولم يقطع فان كانت الدراهم بعد حله
تبقى على ظاهر الكم لم يقطع لانه لا يحتاج الى ادخال اليد
في الكم وان كانت يبقى في داخل الكم قطع لانه لا يتمكن
من اخذها الا بادخال اليد في الكم

باب

قطاع الطريق قال الله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله الاية نزلت في قطاع الطريق فانه روى
عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال ان الاية نزلت
في اصحاب ابي بردة الاسلمي فانه كان موادعا للنبي عليه السلام
فخرج قوم ليسلموا عند النبي فقتلهم اصحاب ابي بردة فنزلت
فيهم هذه الاية وقال اصحابنا الاحكام المذكورة فيها على
الترتيب وان كان كلمة او بظاهرها تقتضي التخيير
لكن اريد بها الترتيب بدليل ان الامام ليس له ان يقتصر
على النفي فحسب وهو منقول عن ابن عباس وهو قول ابرهيم
حتى ان من اخاف السبيل ولم يقتل ولم ياخذ مالا نفى وتفسيره
ان يوخذ ويحبس حتى يحدث توبة فان ذلك يسمى نفيا عن
الارض يدل عليه قول القايل خرجنا من الدنيا ونحن من
اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاء السجان يوما
لحاجة فرحنا وقلنا جاء هذا من الدنيا وان اخذ مالا ولم يقتل قطع
يده اليمنى ورجله اليسرى ومن قتل ولم ياخذ مالا قتل ومن
قتل واخذ مالا فان شاء الامام قطع يده ورجله وصلبه وان شاء
قتله ولم يقطع لان الخيار للامام في البداية حتى ان له ان يبدا
بقطع الرجل اليسرى قبل اليد اليمنى فاذا بدا بالقتل سقط القطع
ضرورة وعن ابي يوسف لا اعفيه عن الصلب لانه منصوص

عليه وقال محمد يقتل ولا يقطع لان القطع مع القتل عقوبتان
على واحد في حالة واحدة فلا يجمع بينهما ولنا ان هذه عقوبة تغلظت
متغلظ لتغلظ الجناية وهو قطع الطريق فانه تفويت الامن
بما يقع به انقطاع الطريق وانه يقع تارة بالقتل واخرى باخذ
المال واخرى بالتخويف ويتناهى باجتماع القتل والاخذ
فتغلظ عقوبته بالقتل والقطع ويجوز ان يكون شيء عقوبة بالاضافة
الى شيء وعقوبتين بالاضافة الى الاخر كقطع اليد والرجل
عقوبتان في باب السرقة وعقوبة واحدة في باب قطع الطريق
وذكر ابو الحسن عن ابي حنيفة انه يصلب حيا ثم يبعج
برمح حتى يموت لان الصلب شرع زجرا وانه لا يتحقق بعد
الموت وذكر الطحاوي انه يصلب بعد القتل ويترك
مصلوبا ثلثة ايام ثم يخلى بينه وبين اهله لان الصلب ما
مثلة وانما منع عنها وانما قدر الترك بثلثة ايام لان الثلث
هو القدر المعتبر لابلاء العذر وان تاب قبل الاخذ وثبوت
اليد عليه سقط الحد وان تاب بعد ذلك لم يسقط لقوله تعالى
الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وعن حارثة بن
بدر انه قطع الطريق ثم تاب قبل الاخذ فكتب علي رضي الله
عنه الى عامله بالبصرة ان حارثة بن بدر خرج محاربا لله
ورسوله ثم تاب قبل ان تقدر عليه فلا يتعرض له الا بخير واما
صفة المحارب فهو الخارج اذا كانت له منعة من خرج في منعة
غير مصر بسلاح او خشب فامتنع وقدر ان يدفع عن نفسه فقد
حارب ومن فعل ذلك في المصر فليس ذلك بمحارب ولا
يقام عليه الحد في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

يقام عليه لان هذه جناية فلا تختلف باختلاف الامكنة
فكذا حكمها قلنا ان الحكم يتعلق بقطع الطريق لا بجناية
مطلقة وانه لا يتحقق في المصر ولا قريبا منه لانه تفويت
امن على وجه يقطع الطريق به وانه يتحقق خارج المصر
في موضع لا يلحقه الغوث وقال ابو حنيفة من قطع الطريق
بين الكوفة والحيرة لا يقام عليه الحد وهذا كان في زمنه
لان الغوث كان يلحقه واما الان فصار بمنزلة البرية
لا يلحقه الغوث فيتعلق به الحد وانما سمي محاربا لان المال
محفوظ في المصر بحفظ الله والمتعرض له متصور بصورة
المحارب لله ورسوله وسواء في ذلك من باشر القتال واخذ
المال ومن لم يباشر لان قطع الطريق مضاف الى الكل لان
الذي لا يباشر معين للمباشر ومتحقق معنى فعله بترصده
للدفع عنه والارهاب فصار كالردء في باب الغنيمة واقامة
الحد الى الامام دون الاولياء وارباب الاموال لانه حق الله
فيتولاه نائبه ولا يصح عفوهم ولا الابراء ولا الصلح لانه ليس
لحقهم فلا يسقط باسقاطهم ولا يصح اعتياضهم عنه وانما
يقام الحد عليهم اذا كان ما اخذوه يصيب لكل واحد منهم
منه عشرة دراهم قال عيسى بن ابان ان قتلوا قتلوا وان كان
ما اصاب كل واحد اقل من عشرة لان القتل وحده يوجب
القتل فبانضمام اخذ المال اليه لا يختل بل يزداد معنى الجناية
ولنا اذا وجد القتل وحده صار مقصودا وانه جناية كاملة
فيجب به القتل بخلاف ما اذا انضم اليه الاخذ لانه ظهر ان
المقصود هو المال وانه لا يكمل جناية ما لم يبلغ نصابا وما

يسقط الحد في السرقة يسقط هاهنا لانه عقوبة فيندرئ بالشبهة
وان كان في المحاربين ذو رحم محرم من واحد من المقطوع
عليهم لم يحد واحد منهم وذكر ابو بكر الرازي ان المسئلة
موضوعة على ما اذا كان المال مشتركا بينهم واما اذا
كان المال مشتركا بينهم واما اذا كان لكل واحد منهم
مال مفرد لم يقم عليهم الحد لان الماخوذ شي واحد فاذا سقط
عن واحد بسبب القرابة سقط عن الباقين بخلاف ما اذا
لم يكن مشتركا لان الاخذ من كل واحد لا تعلق له
بالاخر الا ان ظاهر الرواية على خلافه ووجهه وهو
ان هو الحد لا يتعلق بالاخذ وانما يتعلق بقطع الطريق وانه
فعل واحد قام بالكل فاذا لم يوجب الحد في حق بعضهم
فكذى في حق الباقين ولو كان فيهم امراة فتولت القتال
واخذ المال دون الرجال فقد اجمعوا ههنا انه لا يقام عليها
الحد لان الحد حد المحاربة وانها لا يتحقق من المراة غالبا
لان بنيتها لا تصلح له ولا يقام عليها حدها واما الرجال
الذين معها قال ابو حنيفة ومحمد يدرا الحد عنهم سوا باشروا
معها او لم يباشروا لان الحد اذا سقط عن المباشرة وهو
الاصل فعن غير المباشر اولى وقال ابو يوسف يصنع بالرجال
ما يصنع بالمحاربين سوا باشروا معها او لم يباشروا لان المراة
اهل للتكليف فجاز ان يجب بفعلها عقوبة الا ان العقوبة
لم تجب ههنا لنقصان في حرابها وهذا المعنى يخصها بخلاف
الصبي والمجنون اذا وليا القتال لان فعلهما لا يجوز ان يتعلق
به عقوبة لانه ليس بجناية فاذا لم تجب عليهما لم يجب على

ردائهما واذا سقط الحد دفع من قتل منهم بحديدة الى الاوليا
فيقتلون او يعفون لانه وان خرج الفعل من ان يكون
قطعا للطريق لكن لم يخرج عن كونه قتلا فيترتب عليه
حكمه وحكم القتل العمد ما ذكرنا وان كان القتل بعصا
فالدية فهي على عاقلته وكذا اذا تاب المحاربون قبل القدرة
عليهم فالحكم في القصاص وضمان الاموال كما لو وجد من غير
قطع الطريق وكذلك اذا اخذوا قبل التوبة ولم يكونوا اخذوا
مالا ولا قتلوا ولكن اصابوا جراحات وجب عليهم القصاص
فيما يستطاع ويضمنون فيما لا يستطاع ويستودعون الحبس
حتى يتوبوا فصل وليس للذي استعمل على رستاق
او معونة او خراج استيفا الحدود وانما ذلك الى امرا
الامصار والمدن لانها حق الله فلا يستوفيها الا نايبه
وهو الامام وللامام ان يستنيب في استيفايها فاذا ولى
رجلا ولاية عامة بان ولاه على مصر فله اقامة الحدود
لانه فوض اليه القيام بامور المسلمين واقامة الحدود من
جملتها وان ولاه ولاية خاصة جباية خراج ونحوها
لا يملك اقامتها لان التولية لم تتناولها ولو استعمل
اميرا على جيش كثير فان كان امير مصر او مدينة فغزا
بجنده اقام فيهم الحدود وقضى في معسكره كما
في مصره لانه فوض اليه ذلك وان كان بعثه غازيا
لم يقم الحدود لانه فوض اليه امر العسكر وتدبيره فقط
وللامام العدل ان يقيم الحدود وينفذ القضايا فيمن كان
في معسكره او من اهل ولايته ويستعمل على القضا لان له

ولاية عامة فان جاء رجل من اهل البغي تائبا وقد كان سرق
في معسكر اهل البغي لم يقطعه وكذلك التاجر في معسكرهم
اذا فعل ذلك والاسير في ايديهم لانه حين سرق لم يكن
للامام عليه ولاية فلم ينعقد فعله موجبا للحد لان الوجوب
للاستيفاء والاستيفاء بالولاية والولاية كانت منقطعة
فلا ينقلب موجبا بعد ذلك ولذا المسلم اذا زنى في دار الحرب
او شرب الخمر ثم ظفر به الامام لا يحده ولذلك لو فعل في
معسكر اهل البغي لانه لا ولاية له على دار الحرب ومعسكر
اهل البغي وكذلك الرجل من اهل البغي اذا سرق من اهل
العدل وعاد الى معسكره ثم اخذ بعد ذلك لم يقطع لانه
فعله بتاويل وله منعة بخلاف الرجل من اهل العدل اذا
سرق مالا من انسان وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل
ماله ودمه قطع فيه لانه لا منعة له وانما يعتبر موجب اعتقاده
اذا كانت له منعة والله اعلم بالصواب **كتاب**
الوقف رجل مسلم جعل ارضه او داره مسجدا في صحته
جاز بالاجماع لانه اخلصه لله بابطال ملكه عنه فصار
محرزا عن التملك مجازا كالاعتاق ويشترط عند ابي حنيفة
ومحمد التسليم وهو باحد امرين اما ان يصلى فيه جماعة
باذنه او يسلم الى المتولي ليقوم بمصالحه باذن له في
القبض عنه فان وجد احد الامرين نفع مسلما او يلزم حتى
لا يجوز له بيعه ولا الرجوع فيه وان مات لا يورث عنه وان لم
يوجد كلاهما لم يجز عندهما وعند ابي يوسف يجوز وان
صلى فيه واحد لم يصح عند ابي حنيفة وعند محمد يصح ولو جعل

مسجدا وتحته سرداب او فوقه بيت جاز بيعه وان مات
يورث عنه ولا يثبت له احكام المسجد لانه لم يخلصه لله
وان كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس
واجاز ابو يوسف اذا كان الاسفل مسجدا او الاعلى بذلك
لا يحل ولم يجز اذا كان على العكس لان الاسفل هو الاصل
وعن محمد انه لما دخل الري اجاز ذلك كله ولو جعل وسط
داره مسجدا فاذن للناس بالصلوة فيه لم يجز وله ان يبيع
واذا مات ورث عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه مسكن عند
وعند محمد لا يباع ولا يورث لانه مسجد ولو جعل ارضه او
داره مسجدا في مرض موته او اوصى بذلك في صحته او
اضافه الى ما بعد موته بان قال ان مت فقد جعلت داري
مسجدا جاز ان كان يخرج من الثلث وكذا اذا لم يخرج و
اجازته الورثة او ظهر له مال يخرج هذا من الثلث وان لم
تجز الورثة ولم يظهر له مال اخر لم يصر مسجدا لانه لم يخلص
لله تعالى لان تصرفه في مرض موته بمنزلة الوصية فيعتبر من
الثلث فاذا صار مسجدا ثبت حكم المسجد في العرصة والهوى
حتى يكره للرجل الجامعة والبول والتخلي فوق المسجد كما يكره
فيه وكذا يكره للحائض والنفساء ان يقوم عليه لما بينا ان
له حكم المسجد بدليل ان الرجل اذا قام على السطح مقتديا
بالامام وهو خلفه جاز وكذلك المعتكف اذا صعد السطح
لا يبطل اعتكافه وهذا يدل على ان من حلف لا يدخل
هذا البيت او هذا المنزل فقام على سطحه يحنث قال الفقيه
ابو الليث اذا كان الحالف من العجم لا يحنث لان صعود السطح

عندهم ليس بدخول ولا يكره المجامعة والبول والتخلي فوق
سطح بيت فيه مسجد لانه سطح بيت لا سطح مسجد ودور المسلمين
لا تخلوا عنه ويكره اغلاق باب المسجد لان فيه منع عن
الصلوة وانه لا يجوز لقوله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد
الله ان يذكر فيها اسمه وقال مشايخنا لا باس به في
زماننا في غير اوان الصلوة لانه لا يخاف على متاع المسجد
من السرقة وللمسجد حقوق وهي اثنى عشر ذكرها في خزانة
الفقه وهو ان يسلم اذا دخل على من فيه اذا لم يكن مشتغلا
بصلوة ولا قراءة ولا اجابة اذان ولا اقامة ونحو ذلك ويسلم
على نفسه ان كان مشتغلا ويقول السلام علينا من ربنا وعلى
عباد الله الصالحين ويحيي المسجد بركعتين ان كان في
وقت لا يكره فيه التطوع لقوله عليه السلام لكل شيء تحية
وتحية المسجد ركعتان وقال عليه السلام اذا دخلتم المسجد
فلا تجلسوا حتى تصلوا ركعتين ولا يتكلم فيه بكلام الدنيا
لقوله عليه السلام من تكلم في المسجد بكلام الدنيا احبط الله عمله
اربعين سنة وقال عليه السلام ياتي على امتي زمان يكون احاديثهم
في امور الدنيا في المساجد فليس لله فيهم حاجة فلا تجالسوهم
ويجنب المسجد من الصبيان والمجانين والنسوان والبيع والشرا
ورفع الاصوات والخصومات واقامة الحدود وسل السيوف
لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم نسوانكم وصبيانكم
وبيعكم وشراكم ورفع اصواتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم
ولا يبزق فيه ولا يتمخط لقوله عليه السلام ان المسجد لينزوي
من النخامة كما تنزوي الجلدة في النار ولا يبدر جلبه لان

في ذلك اهانة بالمسجد ويكثر ذكر الله لقوله عليه السلام
اذا مررتم برياض الجنة فارتعوا قيل وما رياض الجنة يا رسول
الله قال المساجد قيل فما الرتع فيها قال قول سبحان الله
والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر وذكر في الجامع الصغير
لا باس ان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وهذه
المسئلة من خواص الجامع الصغير ولفظة لا باس تدل
على ان المستحب غيره وهو الصرف الى الفقرا واليه اشار بعض
السلف حين سئل عنه فقال المساكين احوج من الاساطين
وقال بعضهم هي قربة حسنة وقال بعضهم يكره و
الصحيح انه لا يجوز ولا يستحب واما التجصيص فحسن
لانه احكام البنا واما وضع السواد على البياض لينقش
فلا باس به ان كان من مال نفسه ولا يستحب من مال
الوقف لانه تضييع والذمي اذا جعل ارضه او داره بيعة
او كنيسة او بيت نار لم يجز اما عند ابي حنيفة فلان الاخراج
لله شرط ولم يوجد واما عندهما فلان الشرط كونه
قربة في ذاته ولم يوجد لانه معصية ويستوي في ذلك
حالة الصحة والمرض لان المعنى يجمعهما ولو اوصى ان يبني
داره بيعة او كنيسة بعد موته جاز عند ابي حنيفة
وعند صاحبيه لا يجوز لانه لا يمكن تصحيحها قربة
لانها وصية بالمعصية وكذا وصية تمليك لان الوصية
وقعت لاقوام غير معينين فلا يصح التمليك منهم ولابي
حنيفة للوصية جهتان جهة تمليك وجهة منع ثبوت
الملك للورثة وان تعذر تصحيحها بجهة التمليك امكن

تصحيحها بجهة المنع ولو اوصى بان تبنى داره بيعة او كنيسة
لاقوام باعيانهم صح ويكون وصية تمليك وان بناوا
بيوتها بيعة وان بناوا انفرعوا فيها بوجه اخر وان اوصى
بان تبنى داره للمسلمين لم يجز لانها وان كانت قربة
في ذاتها لكنها ليست قربة في اعتقادهم والشرط عندهما
كونه قربة في اعتقادهم اما عند ابي حنيفة فالشرط
الاخلاص لله ولم يوجد ولا يمكن تصحيحه وصية
تمليك لانها وقعت لاقوام غير معينين مسلم وقف
داره او ارضه على المساكين او جعلها مقبرة للمسلمين
لم يجز عند ابي حنيفة بخلاف المسجد لانه اخلصه بقطع
حقوق الادميين ولم يخلص ها هنا لانه تعلق به
حقوق الادميين ومعنى عدم الجواز انه لا يزول ملكه
عن رقبته ويجوز بيعه واذا مات يورث عنه ويصح
رجوعه وعليه ان يتصدق بغلتها ايام حياته لانه
نذر ان يتصدق الغلة والمنافع وهكذا صح وذكر في عيون
الفقه لا خلاف في جواز الوقف وانما الخلاف في لزومه
فعند ابي حنيفة لا يلزم حتى ان له ان يرجع فيه مع الكراهة
وعند صاحبيه والشافعي يلزم وهو قول عامة العلما
وهو الصحيح فان النبي عليه السلام وقف سبعة حوايط
وابراهيم خليل الرحمن وقف اوقافا وهي
باقية الى يومنا وعن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي
والزبير بن العوام ومعاذ وجابر وعبد الله بن عمر وزيد
بن ثابت وسعد بن ابي وقاص وسعد بن عبادة و

المسور بن مخرمة وخالد بن الوليد وعايشة الصديقة و
حفصة وام سلمة وام حبيبة وصفية انهم وقفوا وقالوا
بجوازه وعن عمر رضي الله عنه انه اصابته مائة سهم من
خيبر فقال يا رسول الله اصبت مالا لم اصب مثله
واريد ان اتقرب به الى الله فقال عليه السلام حبس
الاصل وسبل الثمرة فتصدق به عمر لا تباع ولا توهب
ولا تورث حتى يرث الله الارض ومن عليها ويصرف ثمرته
الى الفقرا والمساكين وابنا السبيل وذي القربى وتليه
حفصة مدة حياتها وذو الراي من اهلها بعد وفاتها
وعن ابي يوسف انه كان يقول بقول ابي حنيفة حتى
دخل بغداد فروي له انه كانت لعمر بن الخطاب ارض
تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال يا رسول الله
اني استفدت مالا نفيسا فاتصدق به قال تصدق
باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتنفق ثمرته على
الفقرا والمساكين وابنا السبيل فتصدق به عمر في الرقاب
وابنا السبيل والمساكين وفي سبيل الله وذوي القربى
ولا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف ويوكل صديقا
له غير متمول فقال ابو يوسف من يروي هذا الحديث
فقيل ابن علية عن ابن عون عن نافع عن ابن عمر الحديث
فرجع عن قوله وقال لو بلغ هذا ابا حنيفة لرجع و
ذكر محمد هذا الحديث في الكتاب عن صخر بن جويرية
عن نافع عن ابن عمر وقوله عليه السلام لا حبس عن
فرايض الله محمول على انه لا يمنع اصحاب الفرايض عن

نروضهم بعد الموت وما روي عن شريح جا محمد ببيع
الحبيس محمول على حبيس الكفرة مثل البحيرة والسائبة
والوصيلة ولان هذا تقرب الى الله بعين من اعيان ماله
فيجوز كالمسجد وعند ابي حنيفة اذا اتصل به قضا قاضي
يري جوازه بنا على دعوي صحيحه وبينه بعد انكار المدعي
عليه يلزم فاذا رفع الى غيره لا يري جوازه ليس له ان
يبطله وقيل يجوز للقاضي ان يسمع البينة من غير دعوي
على الوقف لانه يعني التصدق بالغلة وانه حق الله
وفي حقوق الله تسمع البينة من غير دعوي وان
كان الواقف مجتهدا يري جواز الوقف فامضى
رايه وعزم على زوال ملكه يلزم وليس له ان يرجع فيه اذا
تبدل رايه وراي عدم جوازه فان الكرخي ذكر
في كتاب الحظر والاباحة فقيه طلق امراته البتة
وهو يراها ثلثا فامضى رايه وعزم على ذلك ثم راها
رجعية لا يحل له ان يرجع عن الاول ولو كان يراها
رجعية فامضى رايه وعزم على ذلك ثم راها ثلثا لا
تحرم عليه وان كان الواقف مقلدا فاستفتى فافتي
بالجواز فقبل وعزم على ذلك ثم افتي بعدم الجواز
ليس له ان يترك الاول ويعمل بالثاني هذا الذي بينا
اذا وقف مطلقا اما اذا اضاف الوقف الى ما بعد الموت
بان قال اذا مت فقد وقفت ارضي هذه على المساكين او
اوصى بان يوقف عنه بعد موته جاز عند ابي حنيفة رح
عند الباقين ايضا ان كان تخرج من الثلث وان

كان لا تخرج من الثلث واجازته الورثة فكذلك اذا
ظهر له مال اخر فان لم تجز الورثة ولم يظهر له مال
اخر جاز بقدر الثلث وتقسم الغلة بين الموقوف عليهم
والورثة اثلاثا ثلثها للموقوف عليهم وثلثاها للورثة
ولو وقف في مرض موته فهو كوقفه في الصحة في ظاهر
الرواية عن محمد على معنى انه ينفذ في الحال ولا يتوقف نفاذه
على ما بعد الموت كالوصية اما باعتبار من الثلث كالوصية
لان التبرع في مرض الموت بمعنى الوصية في حق الاعتبار
من الثلث وعن الطحاوي لانه لا يصح كالوصية ومعناه
لا يصح اذا زاد على الثلث م فصل فيما يتوقف
عليه انعقاد الوقف وجوازه انعقاد الوقف يتوقف
على صدور ركنه من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه لما
بينا غير مرة ان قيام ذات التصرف باهله وقيام حكمه
بالمحل وركنه لفظ الوقف وما بمعناه كالحبس فانه
اذا قال وقفت ارضي هذه على كذا من وجوه الخير
او جعلتها وقفا او موقوفة او ارضي هذه موقوفة ينعقد
وكذلك اذا قال حبست او سبلت اما اذا قال
ضيعتي هذه سبيل او للسبيل ان كان من اهل ناحية
تعارفوا هذا الكلام للوقف صارت وقفا والا سال
عن نيته ان نوى وقفا فهو كما نوى وان نوى صدقة
يتصدق بعينها او قيمتها او ثمنها وان لم يكن له نية
تورث عنه اذا مات وذكر في فتاوى صاعد عن
القاضي ابي الهيثم اذا كان [illegible] في القرية

الفلانية فقد سبلته وله فيها ضياع وعقار فهو على
ملكه حتى تبين وجوه القرب من اعانة الغزاة او الفقرا
ونحوها واما اذا قال داري هذه صدقة يتصدق بعينها
او بقيمتها او ثمنها ولا يجبر على ذلك لان مطلقها
ينصرف الى التمليك بغير بدل الا اذا اقرنها بما يدل
على الوقف نحو ان يقول ضيعتي هذه صدقة موقوفة
او صدقة مؤبدة او صدقة محرمة او صدقة لا تباع
ولا تورث ولا توهب او قال صدقة حبيس او حبيس صدقة
وعن اصحاب الشافعي الفاظ الوقف ستة ثلثة منها صريح
وهو قوله وقفت وحبست وسبلت لان النبي قال لعمر
حبس الاصل وسبل الثمرة وواحد كناية وهو قوله داري
هذه الصدقة فانه لا يكون للوقف حتى ينوي او يقرن
ما يدل على الوقف واثنان اختلف في كونهما صريحا و
كناية وهو قوله ابدت وحرمت واهله من هو اهل
للتبرع لان الوقف نوع صدقة وتبرع واهل التبرع الحر
البالغ العاقل حتى لا يصح من العبد لانه غير قادر شرعا
الا اذا اذن له السيد وهو غير مستغرق بالدين فان كان
مستغرقا لا يصح وان اذن له المولى والغرما ولا يصح من
المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما عاجزان حقيقة و
غير الذي يعقل وان له الاب والوصي لانه ليس باهل اذن
تبرع لان عقله الحق بالعدم في حق التصرفات الضارة
والولاية الثابتة للاب والوصي مقيدة بالنظر ولا نظر
في هذا للصبي ومحله المال المتقوم وجوازه يقف على شروط

بعضها في التصرف كالملك والولاية فان على المحل شرط الجواز
والولاية تستفاد بالملك او هي نفس الملك حتى لو وقف
ملك الغير بغير اذنه توقف على اجازته وبعضها يرجع
الى نفس التصرف وهو كونه قربة في ذاتها وعند
المتصرف حتى انه لو وقف ارضه او داره على البيعة
او على الكنيسة او دار الدعوة للمبتدعة او على فقرا
اهل الحرب لا يجوز لانه ليس بقربة في ذاته ولا عند
المتصرف لانه مسلم ولو وقف الذمي داره على البيعة
والكنيسة لم يجز اما عند ابي حنيفة فظاهر وكذا
عند صاحبيه لان الشرط عندهما كونه قربة في
ذاته ولم يوجد ولو وقف النصراني ضيعته على اولاده
واولاد اولاده ما تناسلوا فاذا انقرضوا فعلى فقرا
النصارى يجوز اما على قول ابي حنيفة فظاهر واما
عند صاحبيه فلانه ليس بقربة في ذاته ذكر ابو
الليث في فتاويه ولم يفصل بينما اذا كانوا حربا
او ذمة والصحيح ان المراد به اذا كانوا حربا لانهم
اذا كانوا ذمة يجوز صرفه وقربة فانه صرف الصدقات
الواجبة سوى الزكاة والعشر الى فقرا اهل الذمة
جائز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يجوز
الصدقة النافلة دون الواجبة في اصح الروايات عنه
وذكر في الزيادات في ذمي اوصى بان يحج عنه من
ثلث ماله لم يجز عند ابي يوسف ومحمد لان الحج
ليس قربة عندهم وان كان قربة في ذاته ولو اوصى

بأن يتصدق بثلث ماله على الفقراء او بثلثه لجهاد الترك و الديلم
او لسراج بيت المقدس جاز لان هذه الاشياء قربة في ذاتها
وقربة عندنا وعندهم بخلاف سراج الكنيسة لانه ليس
بقربة في ذاته فان قيل ينبغي ان لا يجوز لانهم لا يوجرون
على ذلك قلنا الجواز بناء على الظاهر والظاهر ان الاسراج
في المسجد الاقصى والتصدق على الفقراء قربة في ذاته وفي
عقيدتهم وان كنا نعلم انهم لا يثابون كما يحكم بحل ذبيحتهم
اذا لم يذكر المسيح مع الله لان الظاهر منهم التوحيد
وان كنا نعلم انهم يقولون ثالث ثلثة وبعضها يرجع الى
المحل وهو كونه منقولا جرى التعامل بوقفه و اختلف
ابو يوسف ومحمد في كون اربعة اشياء شرطا للجواز فعند
محمد هي شرط خلافا لابي يوسف احدها التسليم شرط عند
محمد وليس بشرط عند ابي حنيفة لان الوقف ليس بتمليك
وانما هو اعادة الى الحالة الاولى بازالة ملكه فاشبه الاعتاق
ولمحمد ان الوقف تقرب الى الله تعالى من اعيان ماله فيتوقف
جوازه على التسليم كالصدقة لكن تسليم كل شيء بما يليق به
ففي المقبرة دفن واحد فصاعدا باذنه وفي السقاية شرب
واحد وفي الخان نزول واحد من المارة الان في المقبرة والخان
الذي ينزل فيه المارة كل يوم لا يحتاج الى التسليم الى
المتولي وامله في السقاية والخان الذي يبنى للحاج بمكة
والغزاة بالثغر لا بد من التسليم الى المتولي لان نزولهم
يكون في السنة مرة فيحتاج الى من يقوم بمصالحهم وفي السقاية
يحتاج الى صب الماء والغني والفقير في الخان والسقاية

والبير والحوض سواء لاستوائهما في الحاجة وقال محمد في غلة
الوقف على الفقراء يعجبني ان ياخذ منها المحتاج بقدر حاجته
وعلى هذا الخلاف اذا خرب ما حول المسجد واستغنى الناس عن
الصلوة فيه يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى
ورثته ان كان ميتا عند محمد لان التسليم بالصلوة عنده
شرط ابتداء فكذا انتهاء وعند ابي يوسف يبقى مسجدا الا ان
التسليم عنده ليس بشرط والثاني كونه مفرزا حتى لو وقف
المشاع لا يجوز عند محمد خلافا لابي يوسف لما بينا ان ابا
يوسف اقاسه على العتق ومحمد على الصدقة والصدقة لا تجوز
الا محوزة مقبوضة كذا هذا حتى انه لو وقف واستثنى
لنفسه سهما لا يجوز عند محمد خلافا لهم والثالث التابيد شرط
عند محمد خلافا لابي يوسف حتى ان عند ابي يوسف اذا
قال وقفت ارضي هذه او جعلتها موقوفة ولم يزد على ذلك كان
وقفا على الفقراء وبه يفتي مشايخ بلخ وعليه الفتوى ولو قال
داري هذه صدقة موقوفة ولم يزد على ذلك جاز ويكون وقفا
على الفقراء عند ابي يوسف وهلال الرجبي وعند محمد لا يجوز
لانه لم يذكر التابيد وعنده اذا وقف على وجوه معلومة
للخير ولم يجعل اخره لما لا ينقطع لا يكون وقفا ولو وقف على مسجد
بعينه لا يجوز عند محمد خلافا لابي يوسف لانه لا يتابد
لاحتمال ان يخرب المسجد وعند ابي يوسف يجوز لانه لو
لم يزد على قوله وقفت يجوز عنده فكذا اذا عين وعن ابي بكر
الاعمش ينبغي ان يجوز هذا على الاتفاق ولو وقف على ولده
وولد ولده لم يجز عند محمد وجاز عند ابي يوسف فاذا

انقرضوا تكون للفقرا ولو وقف على ولد فلان او على قوم
فلان واعيانهم لم يجز عند ابي يوسف ايضا بخلاف ما اذا
لم يتعين لانه انما يجيزه اذا لم يتعين لانه يجعله وقفا على
الفقرا او انما يمكنه ان يجعله وقفا على الفقرا والصدقة
اذا لم يتعين اما اذا عين فلا   والرابع ان لا يشترط الواقف
الانتفاع بالوقف لنفسه حتى انه لو اشترط لم يجز عند محمد
خلافا لابي يوسف وعلى هذا اذا شرط الواقف بان ياكل
غلة الوقف ما دام حيا لم يجز عند ابي يوسف ولو اشترط
ان يلي الوقف بنفسه لم يجز عند محمد خلافا لابي يوسف
لان التسليم عنده شرط ومع هذا لا يتحقق واما قبول الموقوف
عليه فليس بشرط ان وقع الوقف لاقوام غير معينين بالفقرا
والمساكين فان وقع لشخص بعينه نحو ان وقف على رجل
بعينه وجعل اخره للمساكين يشترط قبوله في حقه فان ابا يكون
وقفا على الفقرا كانه مات وان وقف على جماعة معينين فابى
احدهم يكون نصيبه للباقين بخلاف الوصية لجماعة اذا
رد احدهم حيث تكون حصته للورثة وان ابى الكل يكون
للورثة كانهم ماتوا ولو قبل غلة سنة ثم قال لا اقبل لا يصح كما
اذا قبل ان قال اقبله ثم رد   ولو قبل في النصف فله النصف
والباقي الذي قبل وان لم يكن معه غيره فهو للفقرا ٥
فصل فيما يجوز وقفه وفيما لا يجوز   يجوز وقف الدار
والعقار عند عامة العلما خلافا لابي حنيفة على ما بينا وكذا
وقف المنقول بطريق التبعية حتى ان من وقف قرية بما فيها
من العبيد والدواب والالات الحراثة يصح ويدخل فيه الحمام

المستانس لان ما لا يصح وقفه يدخل تبعا لما يصح كما في بيع
الدار والاطراف في بيع العبد ولو وقف ارضه على وجه معلوم
من الخير ولم يقل بما فيها دخل البنا والشجر دون الزرع
والثمر كما في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا ولو
قال بجميع ما فيها يدخل الكل تبعا   واما بطريق الاصالة
يجوز وقف ما جرت العادة بوقفه والتعامل به كالدرع
والسلاح في سبيل الله والات حفر القبور والجنازة وكسوتها
فان خالد بن الوليد جعل درعه في سبيل الله فاجازه
رسول الله   وروي ان رجلا جعل ناقته في سبيل الله
فارادت امراته ان تحج عليها فاخبر بذلك رسول الله
فقال الحج من سبيل الله   وذكر في فتاوي ابي الليث
رجل جعل فرسه في سبيل الله على ان يمسكه ما دام حيا
فان نوى به الامساك للجهاد صحت نيته لان له ان
يجاهد عليها بدون الشرط فمع الشرط اولى وان نوى به
الامساك والانتفاع لعجز الجهاد تلغو نيته ويصح جعله
للسبيل باللفظ   وذكر البقالي في فتاويه الخلاف
في جواز وقف البنا دون الارض وذكر عن محمد انه اذا
وقف بناه في ارض الوقف على الجهة التي وقفت الارض جاز
وفي فتاوي الناطفي عن محمد بن عبد الله الانصاري من
اصحاب زفر انه يجوز وقف الدراهم والطعام والمكيل و
الموزون فقيل له كيف يصنع بالدراهم قال يدفعها مضاربة
ثم يتصدق بالفضل وكذلك يبيع الطعام والمكيل والموزون
بدراهم او دنانير فيدفعها مضاربة ويتصدق بالفضل وقيل

على هذا ينبغي ان يجوز اذا قال وقفت هذا الكر على ان
يقرض لمن لا بذر له من الفقراء فيبذرونه فاذا حصد واخذ منهم
ويقرض غيرهم من المحتاجين كذلك دائما وفي وقف الكتب
اختلاف والاصح الجواز لجريان التعامل به وتعليق الوقف
بالشرط لا يجوز نحو ان يقول اذا جاء غد فقد وقفت ارضي هذه
بخلاف ما اذا اوصى بان يوقف او اضافه الى ما بعد الموت فاذا
جاز الوقف زال ملك الواقف عن الرقبة ولا تثبت للموقوف
عليهم لانه ازالة ملك لا تمليك وعند الشافعي يثبت لانه زال
ملك الواقف فلو لم تثبت للموقوف عليهم كان مالا ضايعا
وانه لا يجوز قلنا هذا يبطل بعبد جعل لخدمة الكعبة فانه
يزول عن ملكه ولا يثبت لاحد

فصل في التولية وما للمتولي فعله

لا يولى الا الامين القادر بنفسه
او بنائبه لان الولاية مقيدة بشرط النظر وليس من النظر
تولية الخاين لانه يخل بالمقصود وكذا تولية العاجز لان
المقصود لا يحصل ويستوي في ذلك الذكر والانثى فان
عمر رضي الله عنه جعل الولاية الى بنته حفصة وكذا يستوي فيه
الاعمى والبصير اذا كان الاعمى امينا قادرا وكذلك المحدود
في القذف اذا كان تايبا لانه اهل امين ولو اوصى الى طفل
لم يدفع اليه في الحال لانه عاجز فان كبر قبل ان يخرجه
القاضي سلم اليه ولو اوصى الى عبد او الى كافر صح لكن القاضي
يخرجه لان العبد وان كان اهلا لكن منافعه مملوكة
للمولى والكافر لا يتوقى عن التصرفات الفاسدة فان عتق
العبد واسلم الكافر قبل ان يخرجهما القاضي سلم اليهما ولو

ولنا من الجانبين انه لو كان حاضرا يكذبه فيبقى المال
على ملكه ظاهرا فلا يقطع به بخلاف ما اذا اقر انه زنا بفلانة
وهي غايبة لانها لو كانت حاضرة وادعت الشبهة سقط
الحد للشبهة فلو سقط حال غيبتها لسقط لمكان شبهة
الشبهة وانه لا يجوز ولو شهدت الشهود على انه سرق من
فلان الغايب تقبل حتى يحضر الغايب لان البينة لا
يصح الابتناء على الدعوى ولم يوجد ويحبس المشهود عليه لان
الشهادة اورثت التهمة ورسول الله حبس رجلا بالتهمة
وعن محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا اعرف صاحبها يقطع
لانه اقر بمجهول فلا يتعلق به حكم ولو ادعى على انسان سرقة
فانكر صار يستحلف فان نكل قضي عليه بالمال دون القطع
لان النكول بدل او انه لا يصلح حجة فيما يندرئ بالشبهات
ويصلح حجة في الاموال ولو اقر بالسرقة ثم رجع ضمن المال
ولم يقطع لان رجوعه يصح في القطع لانه حق الله ولا يصح
في الاموال لانه حق العبد ولو شهدت الشهود على انه سرق
بعد حين ضمن المال ولم يقطع لان التقادم يوثر في حق
القطع دون المال وذكر في الجامع الصغير عن ابي
حنيفة في عبد محجور عليه في يده دراهم فقال سرقتها من
هذا الرجل وقال المولى هي لي يقطع ويدفع المال الى المقر
له وقال ابو يوسف يقطع والالف للمولى وقال محمد لا يقطع
ويدفع المال الى المولى لان المقر به ملك المولى ظاهرا
فلا ينفذ اقراره فيه فاذا بقي على ملكه ظاهرا لا يقطع بل فيه
ولابي يوسف اقراره يوجب القطع لانه نافذ لكونه ادميا

مخاطبا وليس من ضرورة نفاذ اقراره بالقطع نفاذ اقراره بالمال
كمن قال سرقت هذا المال الذي في يد زيد من عمرو ينفذ
اقراره في القطع دون المال ولابي حنيفة نفذ اقراره في
القطع لما مر ومن ضرورة نفاذه به نفاذه في المال لانه لو لم
يحكم به بقي المال على ملك المولى ظاهرا ويتعذر قطع
عبد به وكان ذلك لفقه وهو ان المال اصل حالة الاخذ
لينعقد السرقة ثم القطع يجب بالسبب ورد المال
امر زايد فاذا انفذ اقراره في الاصل وهو القطع ينفذ في
التبع وهو رد المال ولو كان العبد مادونا له فقطع ودفع
المال الى المقر له وقال زفر لا يقطع لان اقراره تناول نفسه
والمال محل تصرفه فنفذ اقراره به ونفسه ليست محل تصرفه فقط
ينفذ اقراره ولهذا الواقر بنفسه لانسان لا يصح ولنا صح
اقراره بالقطع من حيث انه ادمي مخاطب ثم تبعه المال
ضرورة الاستيفا لان اقراره تناوله مقصودا ولو قامت البينة
على عبد بالسرقة ومولاه غايب لم يقطع حتى يحضر في قول
ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي
عنه انه يقطع لان اقراره بالحد يصح لما مر ولنا استيفا الحد
لا ينفك عن ابطال حق المولى وهو المال ومن الجايز انه
لو حضر يدعي ما يمنع قبول الشهادة فيتوقف على حضوره
وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة وهي خارجة
من الكم لم يقطع لانه ما هتك الحرز بادخال يده في الكم
وان ادخل يده في الكم فطرها قطع لوجود هتك الحرز وقال
ابو يوسف يقطع في الفصلين لانها محفوظة بصاحبها لا

الى اكثر من ذلك وذكر ايضا في فتاوي ابي الليث اذا
كانت قطعة ارض موقوفة في ملك رجل ان كان
يجد لها طريقا الى الطريق الاعظم لا يواجرها اكثر من
سنة وان لم يجد اجرها اكثر من سنة لانه لو لم يواجر
تعطلت منافعها وان اجر الوقف سنة باجر المثل ثم
ازدادت رغبة الناس فيه وازداد الاجر لا يفسخ لانه
شرط فيعتبر وجوده عند العقد وذكر في الاسبيجابي
انه يفسخ ويجدد له العقد ولا يعرف له وجه ولو استاجر
الوقف بغبن فاحش وقع العقد له فان ادى من غلة الوقف
ضمن كالوكيل بالشرا اذا اشترى بغبن فاحش ولو سكن
رجل في الوقف بعقد فاسد يأخذ اجر مثله وكذلك
اذا سكن غصبا لان منافع الوقف تضمن بالغصب و
الاتلاف دون منافع الملك ذكره الحسام في واقعاته في
فتاوي ابي الليث احتياطا للوقف فاذا فضل من غلة الوقف
وعماراته صرفه الى الموقوف عليهم على شرط الواقف
فان كان الوقف على الفقرا فلا حظ للاغنيا فيه لان
الشرط لم يتناولهم وان كان الوقف على متعلمي بلدة بعينها
فمن يختلف الى الفقها لكنه يشتغل بنسخ العلم فيما يحتاج اليه
لنفسه وظيفته لانه نوع تعلم وان كان لا يشتغل اصلا

لا يستحق شيئا وان خرج منها الى مسيرة ثلثة ايام بطلت وظيفته
لانه سافر وان خرج الى ما دونه ان مكث خمسة عشر
يوما فما عدا فكذلك لانها مدة طويلة
لا يحرم لانها مدة يسيرة شغلها بما لا بد منه وان كان
الوقف على قرابته المقيمين في البلد فمن سافر
منهم يسقط وظيفته وان عاد تعود بخلاف ما
اذا وقف على اقاربه المقيمين في البلد الا من خرج
فانها لا تعود اذا عاد لانه استثنى الموصوف بهذه الصفة
فلا يدخل تحت الشرط بخلاف الفصل الاول فان
كان الوقف على ساكني مدرسة بعينها
لا يستحق الا من جمع بين السكنى والتفقه لان
السكنى مشروط لفظا والتفقه مشروط دلالة
وعرفا والسكنى انما يتحقق بان ياوي الى بيت
من بيوتها مع اثاثه والات السكنى فان كان
يتفقه في المدرسة نهارا ويبيت خارجها للحراسة
لا يحرم لانه لا يخل بالشرطين وان قصر في التفقه نهارا
واشتغل بشغل اخر ان كان بحال لا يعد من متفقهة المدرسة
حرم والا فلا وان تقادم الوقف وضاع كتابه ولا يوقف على
شرط الواقف رجع المتولي الى رسوم من كان قبله من المتولين
لان الظاهر انه كان يعمل بشرط الواقف وان كان لا يوقف

عليهم وانسد عليهم طريق المعرفة ان اصطلحوا على شيء جاز والا صرف
الى الفقراء لانها بمنزلة اللقطة لانه مال تعذر ايصاله
الى مستحقه وان كان الوقف على عمارة المسجد يصرف
غلته الى البناء واحكامه وفرش الاجر ونصب الابواب
والدرابزينات ولا يجوز صرفها الى ثمن الحصير وثمن
السراج والقيم والموذن لان هذه الاشياء ليست من
العمارة وان كان الوقف على مصالح المسجد يجوز
صرف غلاته الى ثمن الحصير وثمن الدهن والموذن
والقيم لان هذه من مصالحه ولو وقف على امهات اولاده
ومدبريه بعد موته جاز لانهم يعتقون بموته ولو جعل
شيئا بهم وخليهم لهم بعد موته جاز بطريق الوصية لا بجهة
الوقف وان خاف الواقف ابطال وقفه من قاض او
متولي يكتب في كتاب الوقف ان ابطله قاض او وال
فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية مني تباع
ويتصدق بثمنها على الفقراء فلا يفيد ابطالها او يقول
متى تداعت الى الخراب يبيعها القاضي ويتصدق بثمنها
فيمتنع عودها الى الوارث وان شاء رفع الى القاضي
ويدعي الرجوع فيبطل القاضي دعواه ويحكم بجواز
الوقف ولزومه وان كتب في كتاب الوقف قد رفع
الى القاضي من قضاة المسلمين فقضى بلزومه لا يبطل
بعد ذلك وان لم يكن قضى فلا باس به لان وقفه
وقع صحيحا ولم يصلوا بهذا الى عن الابطال ولو اراد

ان يقف على عمارة المسجد ومصالحه وقفا يصير آمنا عن
الابطال تكتب في كتاب الوقف وقفت ضيعتي
التي في الموضع الفلاني بجميع ما فيها وتبين حدودها
على عمارة المسجد الفلاني الذي بالموضع الفلاني و
مصالحه وقفا موبدا حال حيوتي وبعد وفاتي
خرب ما حوله واستغنى الناس عنه تصرف غلته الى الفقراء
والمساكين وان اراد زيادة في الاحتياط يخاصم
المتولي الى القاضي فيدعي الرجوع فيقضي القاضي
بلزومه وبطلان دعواه لان عند ابي حنيفة
الوقف المضاف الى ما بعد الموت والموقوف
به لا يلزمه في حال حياته كالوصية وله
الرجوع منه الا اذا اتصل به قضاء قاضي

والحمد لله رب العالمين وصلواته على محمد
المصطفى وعلى آله واصحابه خير الورى يتلوه في
الجزو الذي يليه وهو الرابع كتاب الهبة
به تم الكتاب ان شاء الله تعالى بحمد العزيز

Süleymaniye ... Kütüphanesi
Kısmı: Fatih
Yeni Kayıt No:
Eski Kayıt No: 1647